



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Núcleo de Pesquisa e Monografia - NPM

LAURA LEONEL ALVES

**GUARDA COMPARTILHADA E
CONVIVÊNCIA EQUILIBRADA**

BRASÍLIA
2015

LAURA LEONEL ALVES

**GUARDA COMPARTILHADA E
CONVIVÊNCIA EQUILIBRADA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Camila Bottaro Salles.

BRASÍLIA

2015

LAURA LEONEL ALVES

**GUARDA COMPARTILHADA E
CONVIVÊNCIA EQUILIBRADA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Camila Bottaro Salles.

Brasília, de de 2015.

Banca Examinadora

Profa. Camila Bottaro Salles, Dra.
Orientadora

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, dando ênfase à guarda compartilhada, que tornou-se regra após a Lei 13.058/2014. Procurou-se diferenciá-la da guarda alternada, mostrando a necessidade de se dar preferência à sua aplicação como ponto de partida após o rompimento da união do casal, visando atender, em primeiro plano, ao melhor interesse dos filhos. Para isso, foi feito breve relato dos conceitos e da evolução da família e do poder familiar, até os dias atuais, salientando que a Constituição Federal de 1988 foi resultado de todas essas transformações, principalmente no que diz respeito à área familiar, bem como de alguns princípios basilares do Direito de Família. Num segundo momento, foram analisados os tipos de guarda e sua evolução no Direito Brasileiro. Já no terceiro capítulo, foi feita uma diferenciação entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, por serem ainda muito confundidas pelos aplicadores do Direito. Após, foram trazidos os argumentos positivos apresentados pela doutrina com relação à obrigatoriedade da guarda compartilhada, mostrando suas vantagens em relação à guarda unilateral, realçando que o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser o ideal a ser buscado após o fim do relacionamento dos pais. Por fim, é apresentada a mediação como a melhor forma de resolução de conflitos oriundos da separação, pois dá às partes envolvidas a oportunidade de se manifestarem em separado, a uma terceira pessoa imparcial na relação, até que tenham condições de buscar, em parceria, as melhores soluções para o convívio pós divórcio, tendo como objetivo principal o conforto e felicidade de seus filhos.

Palavras-chave: Direito de família. Poder familiar. Guarda compartilhada e unilateral. Mediação.

ABSTRACT

This study aims to analyze the types of child custody in the Brazilian legal system, emphasizing the joint custody, which became rule after Law 13.058/2014. A distinction was made between joint and alternate custody, showing the need to give preference to the first as a starting point after the breakup of the couple, to meet, in the foreground, the best interests of the child. In order to do this, it was made a brief account of the concepts and evolution of the family and the family power, to the present day, noting that the Constitution of 1988 was the result of all these changes, especially with regard to the family area, as well as some basic principles of family law. Secondly, the types of custody and their evolution in the Brazilian Law were studied. In the third chapter, a distinction between joint custody and alternate custody was made, considering they are still very misinterpreted by law enforcers. Afterwards, we analyzed the positive arguments presented by the doctrine regarding mandatory joint custody, showing its advantages over unilateral custody, stressing that the best interests of the child or adolescent should be the ideal to be sought after the ending of their parents' relationship. Finally, mediation was presented as the best means of resolving conflicts arising from the separation, as it gives the parties the opportunity to express themselves separately to an impartial third person in the relationship, until they are able to seek, in partnership, the best solutions for socializing after divorce, with the primary goal of comfort and happiness of their children.

Keywords: Family Law. Parental power. Joint custody and unilateral custody. Mediation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PODER FAMILIAR.....	8
1.1 Antecedentes históricos da família	8
1.2 Conceito de poder familiar	12
1.3 "Princípios Norteadores do Direito de Família" e da guarda	18
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	18
1.3.2 Princípio da Igualdade	20
1.3.3 Princípio da Afetividade	21
1.3.4 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	22
1.3.5 Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente	24
2 A GUARDA DE FILHOS NO BRASIL	26
2.1 O instituto da guarda no ordenamento jurídico brasileiro	26
2.2 Espécies de Guarda	29
2.2.1 Guarda compartilhada	29
2.2.2 Guarda unilateral	36
2.2.3 Guarda alternada	38
2.3) Critérios de Atribuição da Guarda	39
3 ANÁLISE DA LEI N. 13.058/2014	44
3.1 Guarda alternada x guarda compartilhada.....	44
3.2 Obrigatoriedade da guarda compartilhada	49
3.3 A Mediação como forma alternativa de resolução de conflitos	53
4 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os dois tipos de guarda previstos na legislação brasileira, dando ênfase para a guarda compartilhada, bem como examinar a mediação como forma de solução de conflitos, tendo como base a pesquisa doutrinária, jurisprudencial e a legislação vigente. Não se buscou um esgotamento dos temas propostos, pois tratam-se de leis recentes em nosso ordenamento jurídico, que carecem de um período de adaptação pela sociedade e pelos operadores do Direito e ainda não mostram resultados concretos. Assim, faz-se um questionamento: seria a lei da guarda compartilhada adequada para os atuais conflitos familiares?

Para responder a esta pergunta, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, será feita uma análise dos institutos da família e do poder familiar, haja vista que a guarda é um dos deveres decorrentes desse poder. Serão abordadas suas características, conceitos e transformações no decorrer da história, bem como a grande influência do direito romano e da religião cristã nestes institutos. Da mesma forma, serão analisados os efeitos que a revolução industrial causou na história da família e do casamento, como a inserção da mulher no mercado de trabalho e sua independência, fatores que contribuíram para o novo perfil da família contemporânea, que passou a ser baseada em laços de afetividade. Ainda neste tópico, serão citados alguns princípios que se mostram relevantes para a compreensão e melhor interpretação das normas regentes das relações familiares.

Num segundo momento, será estudada a evolução do instituto da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, do Código Civil de 1916 até os dias atuais, tratando dos tipos de guarda previstos em nossa legislação, mostrando seus conceitos, regulamentação, bem como os principais requisitos e critérios de atribuição da guarda. Será dado um enfoque especial à guarda compartilhada, sob o ângulo do princípio do melhor interesse da criança, suas vantagens e as modificações trazidas com a Lei 13.058/2014.

Já no terceiro capítulo será feita uma distinção entre a guarda compartilhada e a alternada, que são por muitos confundidas, embora a guarda

alternada não se encontre prevista em nossa legislação. Dentre as novidades trazidas pela Lei 13.058/2014, será analisada também a questão da aplicação da guarda compartilhada como regra geral, mesmo na ausência de consenso entre as partes, e a importância da análise de cada caso pelo juiz, haja vista que o interesse maior é a busca do bem estar da criança e do adolescente.

Por fim, será apresentada a mediação como forma alternativa para resolução de conflitos de natureza familiar, principalmente em casos de separação em que se discute a guarda de filhos, trazendo detalhes da recente Lei 13.140/2015, ainda em *vacatio legis*, bem como do Novo Código de Processo Civil.

A metodologia utilizada no presente trabalho baseou-se na análise de doutrinas, julgados e na legislação.

O estudo terá como meta dar enfoque ao instituto da guarda compartilhada como fator de transformação social, bem como da mediação como meio moderno para a busca da paz social, visando simplificar as relações familiares conflituosas, bem como desafogar o judiciário de tantos processos litigiosos.

1 PODER FAMILIAR

Antes de adentrarmos na temática da guarda de filhos, é preciso entender de onde ela advém. Para isso, faz-se necessário analisar os institutos jurídicos da família e do poder familiar ou parental, sua evolução histórica e conceitos, de modo a justificar os princípios jurídicos que atualmente norteiam o direito de família e a interpretação das normas regentes das relações familiares.

1.1 Antecedentes históricos da família

A família dispõe de uma vastidão de formações, sendo difícil sua conceituação. Resultado das inúmeras mudanças que a sociedade sofreu, a família se pluralizou, não se condicionando mais "aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação". Hoje, a família pode ser identificada como o conjunto de todas as pessoas ligadas por vínculos consanguíneos, de afinidade ou afetividade.¹

Trata-se de uma célula *mater* da sociedade, de fundamental importância para a organização social e manutenção do Estado, sendo que este lhe dedica ampla proteção, conforme estabelecem a Constituição Federal e o Código Civil.²

A família, segundo define Maria do Rosário Leite Cintra,

(...) é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo.³

A estrutura atual da família tem como referência o direito romano, caracterizado por ser rigidamente patriarcal, mas sem interferência do Estado nas questões familiares.⁴

Em Roma, a família pautava-se numa unidade econômica, política, militar e religiosa, que era comandada sempre por uma figura do sexo masculino, o

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 40-42.

² RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 9.

³ CINTRA, Maria do Rosário Leite. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Apud RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 9.

⁴ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12.

pater familias. O ascendente mais velho do grupo familiar, o *pater familias*, detinha poderes absolutos sobre seus descendentes, inclusive o poder de vida e morte sobre os filhos. A mulher, por sua vez, nunca adquiria autonomia, pois ora ocupava a condição de filha, ora a condição de esposa, estando sempre subjugada à autoridade de um *pater*.⁵

O critério para a determinação do parentesco, naquela época, não era a consanguinidade, mas a sujeição a um mesmo *pater familias*, sendo que, quando este morria, a família se desmembrava e seus descendentes masculinos se tornavam chefes de novas famílias.⁶

Nesse sentido, leciona Caio Mário da Silva Pereira:

O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritum*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ingnoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.⁷

Na idade média, com o fortalecimento do Cristianismo, houve uma gradativa alteração do significado da família. A Igreja Católica exercia influência direta sobre a sociedade, principalmente no tocante às relações familiares, no qual o único tipo de casamento reconhecido era o religioso (católico). O casamento católico era indissolúvel e sua principal finalidade era a procriação e criação dos filhos⁸, que, uma vez nascidos fora do casamento, eram discriminados, por serem fruto de uma violação da moral religiosa pregada à época. Por outro lado, a Igreja contribuiu no sentido de que a dignidade era extensível a todos, inclusive às crianças. Esse modelo perdurou por séculos, condenando outras formas de composição familiar.⁹

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMBLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família* 6, As famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

⁶ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Direito de Família. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 6, p. 31.

⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3-4.

A Revolução Industrial (século XVIII) encerrou a transição entre feudalismo e capitalismo, criando o mercado de trabalho e o assalariado. Esse processo foi um divisor de águas na história da família, do casamento e da emancipação da mulher, eis que, nas palavras de Luc Ferry, iniciou-se aí uma verdadeira "desconstrução das tradições".¹⁰

Na segunda metade do século XX, a mulher foi inserida no mercado de trabalho, deixando de se limitar aos trabalhos domésticos e passando a receber um salário que, mesmo pequeno, lhe garantiu certa autonomia material e liberdade, facilitando sua saída da vigilância e do domínio da família. Todas essas mudanças afetaram profundamente o casamento, eis que, podendo se sustentar, a mulher não mais precisava ser levada ao casamento precoce ou "arranjado" pela família. Assim é "que o casamento por amor vai se tornar aos poucos, a regra das uniões".¹¹

Como consequência da emancipação da mulher, iniciou-se uma divisão de tarefas domésticas entre homens e mulheres, e o pai se tornou mais presente na vida dos filhos, passando a dividir com a mulher a criação e educação destes. A partir daí, o pátrio poder passou a ser denominado *poder familiar*, para que homens e mulheres exercessem a criação e educação dos filhos em parceria.¹²

O Brasil herdou o modelo familiar romano, sendo que as Constituições de 1884 e 1891 não fizeram qualquer referência à família, e somente com a Constituição de 1934 foi esta aceita como instituição.¹³

Na vigência do Código Civil de 1916, a família se assentava no matrimônio, tido por indissolúvel, e o direito ocupava-se basicamente das relações familiares que compreendiam o casamento e o pátrio poder. A mulher, após o casamento, passava a ser assistida pelo marido nos atos da vida civil, tornando-se relativamente incapaz. Essa estrutura jurídica muito se assemelhava ao direito romano, no qual era atribuído à mulher um caráter de inferioridade na sociedade conjugal. O marido detinha o pátrio poder com exclusividade, chefiando os interesses da família, do patrimônio familiar, bem como da pessoa e dos bens dos filhos menores. As relações que não resultavam do casamento eram tidas como

¹⁰ FERRY, Luc. *A Revolução do Amor*. Por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro : Objetiva, 2012. p.89.

¹¹ FERRY, Luc. *A Revolução do Amor*. Por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro : Objetiva, 2012. p.90.

¹² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

¹³ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 13.

imorais, o que atingia diretamente os filhos, que eram considerados ilegítimos em função da situação jurídica dos pais. A lei civil protegia apenas os filhos legítimos, ou seja, aqueles advindos na constância do casamento, enquanto menores, proteção esta traduzida nos deveres do pátrio poder.¹⁴

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família ganhou especial destaque, sendo definida, no artigo 226, como a base da sociedade, merecedora de proteção especial do Estado. A estrutura familiar foi remodelada e todos os seus integrantes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, respeitados individualmente. O conceito de família foi ampliado, "consagrando a pluralidade das entidades familiares, garantindo a todos o direito de iniciar uma família na informalidade, na uniparentalidade e no afeto".¹⁵

Essa reestruturação seguiu o sentido do artigo 16.3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabeleceu como elementar o direito de toda pessoa fundar uma família, nos seguintes termos: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado".¹⁶

Até 1988, os filhos não tinham vida jurídica própria, eis que o seu estado jurídico encontrava-se atrelado à situação civil-familiar dos pais. Coube à nova Carta Constitucional a equiparação dos filhos, desvinculando-os da situação jurídica dos pais, que passaram a ter o dever de assisti-los, criá-los e educá-los enquanto menores, independentemente de serem casados ou não.¹⁷

O Estado passou, então, a assumir a responsabilidade de assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8º da Constituição Federal).¹⁸

A família contemporânea, fruto da evolução da sociedade, adotou como base o afeto, passando a ser vista como um núcleo de desenvolvimento da

¹⁴ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 14.

¹⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63.

¹⁶ Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/> - acesso em 12/8/2015.

¹⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 22.

¹⁸ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 24.

personalidade de seus membros. Regulada pelo Código Civil de 2002, seguindo os ditames da Carta Magna, a moderna família tem como característica ser:

(...) baseada no amor, na promoção da dignidade de seus membros, com o reconhecimento de outras formas ou modelos de entidades familiares além do casamento, como as uniões estáveis e aquelas formadas pela união de qualquer dos pais e sua prole, reconhecendo direitos iguais a todos os filhos, sejam eles oriundos ou não do casamento, e igualmente entre o homem e a mulher.¹⁹

Sob a proteção do Estado, a união estável e as uniões homoafetivas foram reconhecidas como entidades familiares e a afetividade projetou-se no mundo jurídico como a essência das relações familiares.²⁰

1.2 Conceito de poder familiar

O poder familiar ou parental pode ser definido como o complexo de direitos e deveres exercidos pelos pais quanto à pessoa e os bens do filho, em igualdade de condições e na colaboração recíproca, de conformidade com o art. 226, § 5º da Constituição Federal.²¹

Na lição de Waldyr Grisard Filho “o poder familiar é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual e social”.²²

A expressão "poder familiar" (ou poder parental) advém do antigo pátrio poder (ou *pater potestas*) do direito romano, que, como já foi dito, era marcado pelo patriarcalismo.

No Brasil, o poder familiar encontra previsão na Constituição Federal de 1988 (art. 229), no Código Civil de 2002 (arts. 1.630 a 1.638) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Arts. 21, 22, 23 e 24 da Lei nº 8.069/1990).

O Código Civil de 1916 assegurava o exercício do pátrio poder com exclusividade ao marido, chefe da sociedade conjugal. Na falta deste é que a mulher

¹⁹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013, p. 33.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Direito de Família*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 496.

²² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

passava a exercer o poder familiar com relação aos filhos. O machismo era tão marcante que, no caso de a mulher casar-se novamente, perdia o pátrio poder e este era transferido ao novo "chefe da família". Somente com o Estatuto da Mulher Casada, de 1962 (que alterou o Código de 1916) é que ambos os pais passaram a deter o pátrio poder, que, contudo, ainda era chefiado pelo homem, com a colaboração da mulher: se os pais divergissem, prevalecia a vontade do marido, podendo a mulher recorrer à justiça. Foi apenas com a Constituição de 1988, que concedeu direitos iguais ao homem e à mulher, que o poder familiar foi assegurado a ambos os pais, em igualdade de condições, perdendo a feição de dominação para tornar-se sinônimo de proteção aos filhos.²³

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 227, como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária²⁴. O poder familiar pode ser definido, assim, como sendo um *munus* exercido pelos pais, supervisionado pelo Estado, tendo como finalidade o interesse dos filhos.²⁵

O Estatuto da Criança e do Adolescente, com a adoção da teoria da proteção integral, ratificou a igualdade entre cônjuges, conferindo a ambos a regência da pessoa dos filhos menores e alterando a terminologia de "pátrio poder" para "poder familiar." Dessa forma, dispõe, em seu art. 21, que o poder familiar "será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência".²⁶

Por sua vez, o Código Civil de 2002 manteve componentes da antiga terminologia (*poder e familiar*), o que foi, e continua sendo, motivo de crítica por

²³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10.

²⁴ BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 maio 2015.

²⁵ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 30.

²⁶ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 24 mar 2015.

parte dos doutrinadores, eis que, embora tivesse por meta "abraçar a ideia da função conjunta dos pais", o Código atribuiu a prerrogativa à família, e não a estes. Assim, alguns doutrinadores preferem nomear o instituto como *poder de proteção*, *poder parental* ou *autoridade parental*. Embora com denominação polêmica, o antigo instituto "se modernizou e consolidou a extinção definitiva do modelo de família patriarcal do direito romano, ou da chefia da sociedade conjugal pelo marido, com a mulher no papel de mera colaboradora".²⁷

À vista disso, o poder familiar pode ser definido como o conjunto de direitos e deveres pessoais e patrimoniais (guarda, cuidado e assistência moral, financeira e psíquica) atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens do filho menor e não emancipado, que deve ser exercido no melhor interesse destes (art. 1.630 a 1.638)²⁸. O poder familiar compete, em regra, a ambos os pais e deve ser exercido em igualdade de condições, sendo que a convivência destes entre si não é requisito para a titularidade do poder familiar. Apenas na falta ou impedimento de um dos genitores é que o outro exercerá o poder familiar com exclusividade.²⁹

Hoje, o poder familiar é exercido sobre os filhos menores e incapazes, enquanto durar a menoridade ou incapacidade. Mesmo na falta dos pais, o incapaz e o menor sempre estão submetidos ao poder familiar.³⁰

O poder familiar é irrenunciável, indelegável e imprescritível. Os pais não podem renunciar a ele, nem transferi-lo a outrem. A única exceção é a prevista no art. 166 do ECA³¹, mas feita em juízo, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta. No caso de divergência entre os pais sobre algum aspecto da vida do filho, será necessário o suprimimento judicial para solucionar a questão.³²

²⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 71.

²⁸ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 438.

³⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81.

³¹ Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 24 mar 2015.

³² RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 44.

Os direitos e deveres inerentes ao poder familiar estão previstos no art. 22 do ECA e no art. 1.634 do Código Civil. O primeiro dispõe que "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".³³

Já o artigo 1.634 da codificação civil enumera uma série de competências dos pais enquanto detentores do poder familiar, quais sejam: dirigir-lhes a criação e a educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.³⁴

Dentre as atribuições inerentes ao poder familiar, encontra-se o dever de guarda, tratado no inciso II do artigo 1.634 acima citado, que é tanto um direito como um dever dos pais em relação aos filhos: envolve o direito de manter os filhos em sua companhia, "disciplinando-lhe as relações, mas também representa o dever de resguardar a vida do filho e exercer sua vigilância. Engloba também o dever de assistência e representação".

O inadimplemento de tais deveres inerentes ao poder familiar configura infração administrativa prevista no art. 249 do ECA³⁵ e crimes previstos nos arts. 133 a 136 do CPP³⁶, além de sujeitar os pais a suspensão ou perda do poder familiar.

³³ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 24 mar 2015.

³⁴ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

³⁵ Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar. Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.
BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 18 ago 2015.

³⁶ BRASIL, Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em:

A suspensão do poder familiar, prevista no art. 1.637 do CC, é uma cessação temporária do exercício do poder familiar, decretada judicialmente, podendo perdurar enquanto for necessária a medida, atendendo sempre o interesse do filho.³⁷ Poderá ocorrer no caso de: abuso de autoridade; falta aos deveres a ela inerentes; má administração dos bens dos filhos, e no caso de pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. A medida deve ser tomada com cautela, pois a criança é a parte mais prejudicada nos casos suspensão por sentença judicial, devendo sempre ser respeitado o direito à ampla defesa.³⁸

Já a perda do poder familiar é uma sanção imposta por sentença judicial ao titular que infringe um dever de maior alcance, mais gravoso³⁹, ocorrendo nos casos previstos no art. 1.638 do Código Civil: castigar o filho imoderadamente, deixá-lo ao abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1.637.⁴⁰

De acordo com o art.18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se castigo físico "ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão". No mesmo sentido, considera-se tratamento cruel ou degradante "conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize".⁴¹

A perda do poder familiar é medida extrema, somente aplicável pelo juiz ante a constatação da impossibilidade de manutenção da autoridade parental com os genitores, em face de comprovada negligência dos pais, observando-se sempre o melhor interesse do menor.⁴²

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 18 ago 2015.

³⁷ NOGUEIRA, Grasiéla. Aspectos fundamentais acerca do poder familiar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912>.

Acesso em 18 ago 2015.

³⁸ ROSA, Conrado Paulo da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 446.

⁴⁰ BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 18 ago 2015.

⁴¹ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 18 ago 2015.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. (...) DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. GENITORES QUE ABANDONARAM O MENOR E O DEIXARAM VIVENDO COM OS AVÓS PATERNOS, EM DETRIMENTO DE MANTÊ-LO NO SEIO FAMILIAR COM SEUS NOVOS COMPANHEIROS E FILHOS. VÍNCULO AFETIVO MÍNIMO OU ATÉ AUSENTE. CRIANÇA QUE AOS SEIS ANOS DE IDADE PASSAVA

A extinção da função parental se dá, conforme dispõe o art. 1.635 do CC⁴³, pela morte do filho ou dos pais, pela emancipação, pelo alcance da maioridade pelo filho, adoção do filho por um terceiro ou por decisão judicial que declare a perda do poder familiar, conforme o disposto no art. 1.635 do Código Civil.⁴⁴

A obrigação de cuidado, inerente ao poder familiar, pode gerar a responsabilidade civil por abandono afetivo, em razão do descumprimento, por parte do pai ou da mãe, dos deveres de cuidado que lhes são impostos pela legislação.⁴⁵

Ainda que o abandono afetivo não esteja expresso em lei, hoje encontra-se consagrado pela jurisprudência. Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou a tese de que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, quando for reconhecida a ilicitude civil, sob a forma de omissão, hipótese em que é possível pleitear a compensação por danos morais em razão do abandono afetivo.⁴⁶

OS DIAS FORA DE CASA, ABANDONADA À SUA PRÓPRIA SORTE, SEM QUALQUER SUPERVISÃO. SITUAÇÃO DE HIGIENE E SAÚDE PRECÁRIAS. FAMILIARES DESINTERESSADOS NA GUARDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.638, INCISOS II E III, DO CÓDIGO CIVIL. DESTITUIÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL QUE SE IMPÕE. DECISÃO MANTIDA. A destituição do poder familiar é medida extrema, que deve ser aplicada quando verificada a impossibilidade de manutenção da autoridade parental com os genitores. Todavia, observado à luz do melhor interesse do infante que seus direitos estavam sendo negligenciados pelos pais, imperiosa torna-se a destituição do poder familiar destes, com o encaminhamento das crianças para família substituta, capaz de prover o afeto e cuidados necessários ao seu crescimento sadio. Constatada a situação de abandono vivenciada pelo menor, apurada pela (...) (TJSC - Apelação Cível n. 2014.037703-8, Rel. João Batista Góes Ulysséa, 2ª Câmara de Direito Civil, Julgado em 16/07/2014). Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25208453/apelacao-civel-ac-20140377038-sc-2014037703-8-acordao-tjsc>. Acesso em 21 set 2015.

⁴³ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em: 18 ago 2015.

⁴⁴ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em: 18 ago 2015.

⁴⁵ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido" (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012). Disponível em:

Conrado Paulino da Rosa argumenta que:

o motivo de a responsabilidade civil passar a fazer parte das demandas de família dá-se pelo fato de que o dever de assistência e convivência familiar passou a ser encarado como um direito dos filhos, no sentido de oportunizar seu desenvolvimento sadio. Assim, sendo indispensável a convivência com ambos os pais para o completo desenvolvimento do filho, no caso da omissão de um deles ocorre o dano moral, passível de reparação.⁴⁷

Destaque-se que, em todos os procedimentos que envolvem menores, há de prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, conforme estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal⁴⁸ e nos artigos 4º e 6º da Lei n. 8.069/90, eis que o poder familiar, na concepção da família moderna, está voltado ao desenvolvimento pleno da personalidade dos filhos e de sua formação moral.⁴⁹

1.3 "Princípios Norteadores do Direito de Família" e da guarda

Neste tópico serão abordados alguns princípios gerais do Direito que se mostram relevantes na aplicação no Direito de Família, invocados constantemente pela doutrina e pela jurisprudência, como respaldo para a melhor interpretação das normas regentes das relações familiares.

1.3.1 *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sob o ponto de vista dos teóricos do constitucionalismo contemporâneo, pode ser considerado como um superprincípio, de maior importância e hierarquia sobre os demais, pois dele se "irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais",⁵⁰ colocando a figura humana como um ser especial, que não pode ser instrumentalizado.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&&b=ACOR&p=false&l=10&i=2>. Acesso em 21 set. 2015.

⁴⁷ ROSA, Conrado Paulo da. Nova Lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

⁴⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴⁹ ROSA, Conrado Paulo da. Nova Lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

⁵⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 228-232.

A Constituição Federal trata o princípio da dignidade humana como valor fundamental em seu art. 1º, III, que dispõe:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Dessa forma, o princípio da dignidade humana tem destaque em nosso ordenamento jurídico, assegurando a todos o direito de viver de forma plena, sem obstáculos para a realização desse fim. A noção jurídica de dignidade "traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade."⁵¹

O respeito à dignidade humana não se limita apenas ao indivíduo em si, mas se estende às suas relações sociais e familiares, devendo sempre ser observado para que este princípio se torne pleno e efetivo.⁵²

Como princípio maior, a Constituição "consagrou a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional"⁵³, do qual se desdobram princípios implícitos e "valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, igualdade, solidariedade, alteridade e cidadania. São, portanto, uma coleção de princípios éticos".⁵⁴

Este princípio contém, ainda, um aspecto de *solidarismo social*, segundo o qual o indivíduo não pode abrir mão de sua dignidade, pois tudo aquilo que for degradante para o homem não interessará apenas a ele, mas a toda a sociedade.⁵⁵

Assim, revela-se fundamental o respeito a esse princípio constitucional no âmbito das relações familiares, para que estas alcancem a efetividade e a plenitude esperadas para a realização de um Estado verdadeiramente democrático de Direito.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família 6, As famílias em perspectiva constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

⁵² LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.62.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família 6, As famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

1.3.2 Princípio da Igualdade

No que diz respeito às relações familiares, a consagração do princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 representou o fim do patriarcalismo, quando estabeleceu, em seu art. 226, § 5º, que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Com essa equiparação, a mulher deixa o papel de inferioridade que ocupava na ordem jurídica, dando ensejo a uma reestruturação dos moldes familiares existentes, representando um enorme avanço para o Direito Brasileiro.⁵⁶

Seguindo o caminho iniciado pela norma constitucional, o Código Civil de 2002 consagrou o princípio da igualdade em várias áreas do Direito de Família, como por exemplo, na união estável, quando impõe um regime de colaboração dos chefes de família, e no campo da filiação, quando estabelece a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento. Confira-se:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Vinculado diretamente à cidadania, o princípio da igualdade pressupõe o respeito às diferenças, e por conter "uma indeterminação conceitual característica, permite sua aplicação em diversos setores da convivência humana".⁵⁷

Cumprе realçar que este princípio não está ligado somente ao legislador, mas também ao intérprete, que deve ter o cuidado de não gerar desigualdades quando da aplicação da lei, buscando assegurar direitos a quem a lei

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família 6*, As famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família 6*, As famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87.

se omite e procurando se afastar das posturas discriminatórias e preconceituosas.⁵⁸ É o caso, por exemplo, das uniões homoafetivas, que, embora não previstas em lei, já foram reconhecidas pelos Tribunais.

Importante ressaltar a aplicação desse princípio no tocante à guarda compartilhada - que será analisada mais adiante -, haja vista que, antes de sua consagração, não se questionava com quem o filho ficaria em caso de separação conjugal, incumbindo esse papel de guarda à mulher, que, teoricamente, limitava-se aos trabalhos domésticos, tendo tempo disponível para cuidar dos filhos.⁵⁹

1.3.3 Princípio da Afetividade

Na vigência do Código Civil de 1916, a família era marcada pelo patriarcalismo e representava praticamente um núcleo econômico, religioso e político. Com o passar dos anos essa estrutura foi sofrendo modificações, iniciadas pela inserção da mulher no mercado de trabalho, o que, aos poucos, tornou sua contribuição vital para a manutenção da família. Essa conquista de independência pela mulher fez com que o homem passasse a participar cada vez mais das tarefas familiares, provocando uma reviravolta no exercício da paternidade.⁶⁰

Como consequência dessas mudanças, a família contemporânea deixou de ter um aspecto essencialmente econômico, político e religioso para tornar-se um núcleo de afetividade, pautado pela solidariedade mútua. Embora a palavra *afeto* não apareça no texto constitucional de modo expresso, o Estado, ao elencar um imenso rol de direitos individuais, reconheceu a afetividade quando garantiu a dignidade a todas as pessoas. Podemos dizer que o princípio da afetividade foi uma das grandes conquistas da família moderna.⁶¹

Portanto, a solidificação da afetividade na sociedade contemporânea mudou a forma de pensar a família, contribuindo para o reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar, a admissão da reparação por danos em

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 173.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Direito de Família*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 6.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

decorrência do abandono afetivo, bem como o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco.⁶²

Quando a Constituição reconheceu as uniões estáveis como entidades familiares, de certa forma ficou reconhecida a afetividade, que é o fator determinante da união de duas pessoas. A dignidade humana passou a ser, então, o foco da ordem jurídica, não se justificando mais a vida em comum sem a existência do amor e do solidarismo.⁶³

1.3.4 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente decorre das mudanças ocorridas na estrutura familiar, e consiste, basicamente, em elevar a uma posição privilegiada a preservação dos interesses daqueles que se encontram em situação de maior fragilidade, por estarem em processo de amadurecimento e formação de sua personalidade.

O Princípio do Melhor Interesse foi previsto inicialmente na esfera internacional, no âmbito da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Por esse motivo, já se encontrava presente no Código de Menores de 1979 (Lei 6.697/1979), que, todavia, se limitava a aplicá-lo às crianças e adolescentes "em situação irregular", ou seja, aos menores abandonados, em situação de vulnerabilidade econômica ou autores de infrações penais.⁶⁴

Com a adoção da doutrina da proteção integral pela Constituição de 1988, o paradigma do melhor interesse mudou, passando a abranger todo o público infanto-juvenil, não só em casos penais e de abandono, mas também, e principalmente, nos litígios familiares.⁶⁵

O melhor interesse foi também previsto no art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de 1989, nos seguintes termos: "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem

⁶² TARTUCE, Flávio. O Princípio da Afetividade no Direito de Família. *Revista Consulex* nº. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Matéria de capa: *Direito de Família e Afetividade no Século XXI*. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em 18 set 2015.

⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

⁶⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p.27.

⁶⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p.27.

estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

Este princípio é uma vertente da efetivação da doutrina da proteção integral que vincula tanto o legislador quanto o aplicador do direito, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente em diversas esferas: na interpretação das leis, nas decisões que lhes digam respeito, no deslinde de conflitos e na elaboração de futuras regras.⁶⁶

É também um dos principais fundamentos para decisões judiciais que dizem respeito à guarda de filhos.⁶⁷ Portanto, o caso concreto sempre deve ser analisado de modo a atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, sobrepondo-se esse critério a todos os outros, sejam fáticos, sejam jurídicos.⁶⁸

Importante ressaltar que “não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no *best interest*, ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o contraditório ou o do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse.”⁶⁹

⁶⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 28.

⁶⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 100.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENORES - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - GUARDA COMPARTILHADA - POSSIBILIDADE. - O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse *munus*. - O princípio constitucional do melhor interesse da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar. (TJ-MG - AC 10647130026683002/MG, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, Julgado em 19/03/2015, 4ª CÂMARA CÍVEL, Publicação: 25/03/2015). Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0647.13.002668-3%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 21 set2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA UNILATERAL DOS DOIS FILHOS MENORES CONCEDIDA AO PAI. (...) MANUTENÇÃO DOS LAÇOS FRATERNOS. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PAI QUE REÚNE MELHORES CONDIÇÕES DE, NO MOMENTO, CUIDAR DOS FILHOS. 'DECISUM' MANTIDO. RECLAMO DESPROVIDO. 1 (...). 2. Evidenciando a prova testemunhal e os pareceres técnicos trazidos ao processo que, no momento, é o pai quem reúne melhores condições de proporcionar aos filhos um crescimento sadio, com educação, segurança e um espaço próprio de moradia, impõe-se mantida incólume a decisão que concedeu a ele a guarda dos filhos, em observância ao melhor interesse dos menores.(TJ-SC - AC: 20130320108/SC 2013.032010-8 (Acórdão), Rel. Trindade dos Santos, Julgado em 21/08/2013, 2ª Câmara de Direito Civil, Publicação: 04/09/2013). Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>. Acesso em 21 set 2015.

⁶⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 28.

1.3.5 Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente

A doutrina da proteção integral é um *corpus juris* de convenções, tratados e diretrizes de proteção à infância e juventude⁷⁰, tanto no que se refere à proteção, como à responsabilização, com especial destaque para as Regras e Diretrizes da ONU e a Convenção dos Direitos da Criança.⁷¹

A proteção integral foi incorporada pelo art. 227 da Constituição de 1988⁷², que foi definidor de direitos fundamentais da criança e do adolescente com aplicação imediata. Coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, a construção sistêmica da doutrina da proteção integral.⁷³

Vale ressaltar o disposto no art. 227 da Carta Constitucional, onde estão elencados os direitos fundamentais dos menores, destacando sua prioridade absoluta para a ordem jurídica:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O direito da criança e do adolescente passou a ter fundamento, então, na Doutrina da Proteção Integral, que reconheceu, pela primeira vez, as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Crianças e Adolescentes são pessoas, porém, pessoas em desenvolvimento. E, por serem pessoas em desenvolvimento,

⁷⁰ CONSTANCE, Paula de Sousa, AOKI, Raquel Lima de Abreu, SOUZA, Tatiana Ribeiro de Souza. *Uma Nova Perspectiva dos Direitos da Criança à Luz da Interpretação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/iniciacaocientifica/?p=353iamKenAoki4>> Acesso em 25 jun 2015.

⁷¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 13-14.

⁷² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

⁷³ MACIEL MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 12.

fazem jus a uma prioridade absoluta da família, da sociedade e do Estado. Alguns exemplos de direitos específicos que as crianças possuem são: direito ao não trabalho, direito à inimizabilidade penal, direito à convivência familiar e comunitária, dentre outros.⁷⁴

A doutrina da proteção integral garantiu o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, passando a titularizar direitos fundamentais. Se antes havia um “direito do menor”, voltado para um público restrito, com a proteção integral passou a haver um direito da criança e do adolescente, universal e abrangente.⁷⁵

A doutrina da proteção integral instituiu um novo sistema de justiça, com todas as garantias formais e materiais do devido processo legal e da ampla defesa. Esse sistema de justiça incluiu a Defensoria Pública como defesa técnica da criança e do adolescente e o Ministério Público como agente de transformação social, substituindo o sistema do Código de Menores, que centralizava todo o poder na figura do juiz. A principal regra do sistema consiste em jamais tratar o adolescente de forma mais gravosa que o adulto.⁷⁶

⁷⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 11.

⁷⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 12.

⁷⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 28.

2 A GUARDA DE FILHOS NO BRASIL

Neste capítulo será analisado o instituto da guarda, sua conceituação, natureza jurídica, especificidades e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os tipos de guarda aplicados em nossa legislação.

2.1 O instituto da guarda no ordenamento jurídico brasileiro

Consiste a guarda no instituto jurídico por meio do qual se atribui a alguém - o guardião - um conjunto de direitos e deveres relativos ao filho menor não emancipado, em especial a prerrogativa de tê-lo em seu poder e companhia, vinculada aos deveres de ampla assistência material, moral, educacional e afetiva.⁷⁷ Entende-se por guarda comum ou natural aquela exercida pelos pais sobre os filhos menores, enquanto estiverem convivendo sob o mesmo teto. Sob o ponto de vista do poder familiar, afirma Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos que a guarda constitui tanto um direito como um dever para os genitores:

[...] dever pois incumbe aos pais criar e educar os filhos, sob pena de estarem deixando o filho em abandono; direito no sentido dos pais participarem do crescimento dos filhos, orientá-los e educá-los, exigindo-lhes obediência, podendo retê-los no lar, conservando-os junto a si, sendo indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, uma vez que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.

No que concerne à guarda de pais separados, pode-se dizer que é a atribuição "a um dos pais, ou a ambos, dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia, em relação ao filho", podendo esta ser unilateral, quando é atribuída somente a um dos pais, e compartilhada, quando exercida por ambos.⁷⁸

No Brasil, a primeira regra sobre a guarda de filhos veio com o Decreto 181, de 1890, no qual, no seu art. 90, estabelecia que: "A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher se esta for inocente e pobre".⁷⁹

⁷⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 43-44.

⁷⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

⁷⁹ GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

O Código Civil de 1916, por sua vez, estabelecia que no caso de dissolução da sociedade conjugal amigável seria observado o acordo dos cônjuges com relação à guarda dos filhos e, no caso de desquite judicial, o critério da culpa de um ou de ambos os cônjuges seria o fator determinante para a atribuição da guarda (artigos 325 e 326).⁸⁰

Assim, a atribuição da guarda dos filhos estava estritamente relacionada à ideia de culpa ou inocência dos cônjuges no divórcio, de modo a beneficiar o inocente e punir o culpado com a sua exclusão do convívio da prole. Devido ao conservadorismo da época, apenas a postura dos genitores era questionada, deixando de lado o mais importante, que é o direito e o interesse da criança.⁸¹

Com o advento da Lei 6.515/1977, que instituiu o divórcio no Brasil, a culpa deixou de ser um elemento essencial para o reconhecimento do divórcio, assim como para a fixação da guarda dos filhos, embora ainda tenha privilegiado o cônjuge inocente no seu art. 10, quando estabeleceu que "*na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ele não houver dado causa*". Por outro lado, a nova lei facultou ao juiz, no seu artigo 13, decidir de outra forma, caso a solução pudesse causar prejuízo de ordem moral para os filhos, podendo, inclusive recusar a homologação da separação, se restar comprovado que o acordo dos genitores não preserva o interesse do menor (art. 34, § 2º).⁸²

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou avanço ainda maior quando estabeleceu, em seu artigo 227, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança o direito à convivência familiar e comunitária. Homens e mulheres passaram a ter os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o que causou um grande reflexo positivo no exercício do poder familiar e na guarda dos filhos. Nesse sentido, leciona Paulo Lôbo que:

A concepção da criança como pessoa em formação e sua qualidade de sujeito de direitos redirecionou a primazia para si, máxime por força do princípio constitucional da prioridade absoluta (art. 227 da Constituição) de

⁸⁰ GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50-51.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 450.

⁸² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 450.

sua dignidade, de seu respeito, de sua convivência familiar, que não podem ficar comprometidos com a separação de seus pais.⁸³

Anos depois, o Código Civil de 2002 rompeu de vez com o sistema que vinculava a guarda dos filhos menores à culpa dos cônjuges, estabelecendo, no texto original do art. 1.584, que "decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la."

Até então, a disputa pela guarda dos filhos não levava em consideração o sofrimento dos filhos que, divididos entre pai e mãe, tinham sua situação agravada com o desfazimento do lar.⁸⁴

A nova codificação civil, em seu artigo 1.634, disciplinou a guarda sob a ótica do poder familiar, atribuindo o pleno exercício do poder familiar a ambos os cônjuges, independentemente de sua situação conjugal.⁸⁵ Ou seja, ainda quando os pais estejam separados, ainda quando somente um deles detenha a guarda do filho, ambos continuam sendo titulares do poder familiar, que permanece incólume frente ao divórcio ou à dissolução da união estável.⁸⁶

Após tratar da dissolução da sociedade conjugal, o Código Civil dedicou um capítulo à proteção da pessoa dos filhos (arts. 1.583 a 1.590), estabelecendo os conceitos de guarda unilateral e compartilhada e dando a preferência implícita pelo compartilhamento.

Atualmente, a lei procura atender primeiramente aos interesses dos filhos, obedecendo aos princípios constitucionais que passaram a embasar o Direito de Família. Via de regra, no caso de pais divorciados, a guarda dos filhos obedecerá

⁸³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

⁸⁴ MIGUEL, Jamil. *A Guarda Compartilhada Agora é regra: Comentários à Lei 13.058/2014*. Campinas: Millennium, 2015, p. 12.

⁸⁵ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁸⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

ao que ficou acordado entre os pais, se entre eles houver consenso. O legislador dá preferência ao consenso dos pais, confiando no discernimento destes quanto às melhores escolhas para a felicidade de seus filhos. Porém, o art. 1.586 do Código Civil autoriza o juiz a regular a guarda de maneira diferente da acordada entre os pais, a bem dos filhos, sempre que o acordo não atender aos seus melhores interesses.⁸⁷

A guarda poderá ser extinta, modificada ou mesmo subtraída, em caráter excepcional, pelo juiz, se comprovado que o guardião ou pessoa de sua convivência familiar não tratam convenientemente a criança ou o adolescente, ou caso o guardião abuse de seus direitos "quando exceder manifestamente dos limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé ou pelos bons costumes", em atendimento à regra geral estabelecida no art. 187 do Código Civil.⁸⁸

2.2 Espécies de Guarda

Neste tópico serão analisados os dois tipos de guarda vigentes em nosso ordenamento jurídico, a compartilhada e a unilateral, citando também a guarda alternada que, embora não prevista em lei, é por muitos confundida com a guarda compartilhada.

2.2.1 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada é aquela em que, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, ambos os pais continuam a exercer de forma conjunta e igualitária todos os direitos e deveres inerentes ao poder familiar, do mesmo modo que faziam na constância do casamento, a fim de assegurar o melhor interesse do menor, incumbindo a ambos a promoção do sustento, da educação e da saúde do filho.⁸⁹

A proposta da guarda compartilhada é manter os laços de afetividade entre os genitores e a prole, dando continuidade ao exercício comum da autoridade

⁸⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

⁸⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

⁸⁹ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.

parental, na mesma medida e intensidade, buscando favorecer principalmente os filhos, que passam "a sofrer em menor escala o devastador efeito do fim da relação de afeto que unia os seus genitores".⁹⁰

Inserida no nosso ordenamento jurídico pela Lei 11.698/2008, que alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 da Codificação Civil, há muito já vinha sendo aplicada por alguns juízes, em detrimento da guarda unilateral, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança.⁹¹

A guarda compartilhada foi estabelecida como modelo legal vigente através da Lei 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, trazendo considerável avanço para o Direito das Famílias ao consolidar a igualdade parental entre os genitores, tendo como principais fundamentos a corresponsabilidade e o equilíbrio na divisão do tempo de convivência dos pais com seus filhos. Dessa forma, a regra geral passou a ser a guarda compartilhada,⁹² o que será abordado de forma mais minuciosa no próximo capítulo.⁹³

A nova lei encontra-se ancorada no art. 229 da Constituição Federal, "que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de viverem ou não com eles no mesmo lar."⁹⁴

O artigo 1.583, no seu parágrafo primeiro, conceitua a guarda compartilhada como "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns".

⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família 6, As famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. Saraiva: 2013, p. 606.

⁹¹ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.

⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LEI Nº 13.058/2014. REGRA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. I - De acordo com a Lei nº 13.058/2014, que altera os dispositivos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 todos do Código Civil, a guarda compartilhada dos filhos é regra em todos os casos, ainda que não haja acordo entre os pais, salvo quando existir motivo excepcional que a impeça; II- Na espécie, não há elementos que afastem a possibilidade da incidência da guarda compartilhada. Na verdade, verifica-se que os genitores moram na mesma cidade (São Luís/MA) e no mesmo bairro (Cidade Operária), fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina das crianças, que poderão frequentar, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores; III- O Estudo Social indica a competência de ambos os genitores para dividirem o cuidado e criação de seus filhos, apontando a guarda compartilhada como medida mais proveitosa para os maiores interessados, as crianças, que hoje contam com 05 (cinco) e 03 (três) anos de idade; Apelo parcialmente provido. (TJMA - AC nº 58917/2014, Rel. José de Ribamar Castro, 2ª Câmara Cível, J.10/03/2015). Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173830424/apelacao-apl-589172014-ma-0004339-5820148100001>. Acesso em 21 set 2015.

⁹³ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, n. 18, p. 5, jan. 2015.

⁹⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 164.

Não há que se confundir guarda alternada com guarda compartilhada, eis que na primeira existe uma alternância entre períodos exclusivos do poder parental sobre o filho, por tempo estabelecido previamente, mediante revezamento de lares, não havendo cooperação por parte dos pais na administração da vida do filho, e na compartilhada, o que se busca é um convívio maior e equilibrado entre pais e filhos. Vale lembrar que a guarda alternada sequer está prevista no nosso ordenamento jurídico.⁹⁵

A guarda compartilhada vem mostrar que "a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa" e que a divisão de tempo de convívio destes com os pais não trará a solução dos problemas entre os ex-cônjuges.⁹⁶

A ideia da guarda compartilhada é dar prioridade ao melhor interesse dos filhos e ao poder familiar, para que um dos pais não fique como mero coadjuvante na criação do filho, participando mais ativamente de sua educação, formação e desenvolvimento como um todo.⁹⁷ Nesse tipo de guarda procura-se afastar a ideia de posse, dando espaço e acesso livre a ambos, tornando-se desnecessário o direito de visitas, que acaba distanciando pais e filhos que não compartilham do mesmo cotidiano.⁹⁸

Portanto, "o tempo de convívio com os filhos deverá ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos" (§ 2º do artigo 1.583 do CC).

⁹⁵ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

⁹⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 64.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENORES - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - GUARDA COMPARTILHADA - POSSIBILIDADE. - O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse *munus*. - O princípio constitucional do melhor interesse da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar. - Fixada a guarda, esta somente deve ser alterada quando houver motivo suficiente que imponha tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos - Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos. - Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a administrar a guarda das filhas, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada. (TJMG - AC 10647130026683002, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, J. 19/03/2015). Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=F635E9D1FEF3A297C2D92C17197100C0.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0647.13.002668-3%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 21 set 2015.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 454.

Na guarda compartilhada deverá ser definido um único domicílio para o filho, onde viverá ou permanecerá, contando com a presença de ambos os pais.⁹⁹ O destaque dado a esse ponto foi de vital importância, haja vista que muitos Tribunais não aplicavam o compartilhamento no caso de pais que residiam em cidades diferentes. Nesse sentido, dispõe o § 3º do artigo 1.533 do CC, que "a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos" (§ 3º do artigo 1.583 do CC).¹⁰⁰

Como o compartilhamento é regra obrigatória e, caso não haja acordo entre os genitores para estabelecer as regras de convivência ou decidir qual o lugar que melhor atenderá os filhos, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, "basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, sempre visando à divisão equilibrada de responsabilidades entre a mãe e o pai e do tempo de convivência destes com o filho" (art. 1.584, § 3º, do Código Civil).¹⁰¹

Assim, mesmo sem consenso e estando ambos os pais aptos a exercer o poder familiar, a guarda compartilhada será aplicada, a não ser que um dos pais declare em juízo que não deseja a guarda do menor (§ 2º do artigo 1.584 do CC).

A nova redação do dispositivo pôs fim aos equívocos que aconteciam anteriormente, eis que, na antiga redação, a expressão "será aplicada, *sempre que possível*, a guarda compartilhada", vinculava o compartilhamento à existência de consenso entre os ex-cônjuges.¹⁰²

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 423.

¹⁰⁰ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 456.

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PEDIDO DE "GUARDA ALTERNADA" - INCONVENIÊNCIA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS - GUARDA COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE HARMONIA E RESPEITO ENTRE OS PAIS - ALIMENTOS - FIXAÇÃO - PROPORCIONALIDADE - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE E NECESSIDADE DO ALIMENTADO A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou corresponsabilidade, consiste, em verdade, em 'guarda alternada', indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança. A guarda compartilhada é a medida mais adequada para proteger os interesses da menor somente nas hipóteses em que os pais apresentam boa convivência, marcada por harmonia e respeito. Para a fixação de alimentos, o Magistrado deve avaliar os requisitos estabelecidos pela lei, considerando-se a proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade de pagamento pelo requerido a fim de estabilizar as micro relações sociais. (TJ-MG - AC 10056092087396002/MG, Rel. Fernando Caldeira Brant, Julgado em 19/12/2013, 5ª Câmara Cível, Publicação: 09/01/2014). Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=F635E9D1FEF3A297C2D92C17197100C0.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.09.208739-6%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 21 set 2015.

A guarda compartilhada poderá ser requerida pelos pais, em comum acordo, ou separadamente, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar (artigo 1.584, I do CC) ou, ainda, decretada pelo juiz, atendendo sempre às necessidades da prole.¹⁰³

Outra inovação da Lei 13.058/2014 diz respeito ao exercício de vigilância inerente ao poder familiar, quando no seu art. 1.584, § 6º, garante que "qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes", podendo ser aplicada multa no caso do não atendimento da solicitação.¹⁰⁴

Tal previsão visa diminuir os casos de alienação parental, em que tantos pais se veem privados de informações importantes sobre a vida de seus filhos.¹⁰⁵

Com relação ao descumprimento das atribuições relativas ao poder parental, no caso de pais separados, a Lei 13.058/2014 suprimiu do dispositivo legal a punição da restrição de tempo com o filho, mantendo somente a redução de prerrogativas para este caso. Essa modificação levou em consideração o melhor interesse dos filhos, eis que ficariam prejudicados com a diminuição do convívio com um dos genitores.¹⁰⁶

Importante destacar que a custódia física atribuída a um dos pais não exime o outro do pagamento de pensão alimentícia. A determinação da base de moradia, na guarda compartilhada, não desincumbe o pai que não mora com o filho da prestação de alimentos, atendendo sempre ao binômio necessidade-possibilidade.¹⁰⁷

Por sua vez, o genitor que paga a pensão poderá fiscalizar a manutenção e educação do filho, com respaldo no artigo 1.589 do Código Civil, mas não poderá intervir na forma como o detentor da custódia administra a pensão. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgando apelação dessa natureza,

¹⁰³ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

¹⁰⁴ "Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação."

¹⁰⁵ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 89.

¹⁰⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 90.

¹⁰⁷ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 102.

entendeu que o genitor insatisfeito deverá ingressar em juízo requerendo a alteração da guarda ou a diminuição do valor da pensão alimentícia.¹⁰⁸

Um aspecto da nova lei que merece melhor análise, diz respeito ao permissivo legal estabelecido no § 2º do artigo 1.584, que afasta a guarda compartilhada do genitor que declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.¹⁰⁹ Ângela Gimenez, magistrada e presidente do IBDFAM do Mato Grosso, lembra que:

Cabe aqui um cuidado interpretativo, eis que, por ser a guarda uma responsabilidade parental, não nos parece razoável aceitar a abdicação do dever de cuidado, decorrente do poder familiar, somente por volitividade de um dos genitores, ou seja, por simples querer ou não querer. Cabe lembrar que os tribunais pátrios vêm reconhecendo, inclusive, a responsabilidade civil por abandono afetivo daquele que deixa de exercer seu papel de cuidador, no bojo da família. O sistema legal como um todo aponta para a responsabilidade dos genitores, no desenvolvimento infanto-juvenil, não guardando qualquer razoabilidade eximir-se um deles de sua tarefa, por mero desinteresse. Nesse sentido, apenas em caso justificável o Poder Judiciário poderia legitimar a vigência de uma guarda unilateral, ainda assim mantendo as demais responsabilidades do genitor afastado, como, por exemplo, às decorrentes de manutenção da prole.¹¹⁰

Para a magistrada, a nova lei tem sido bem recebida pelos genitores, "sempre que, ao longo do processo, sejam oportunizados aos envolvidos espaços de reflexão e de questionamento sobre seu papel e suas condutas familiares".¹¹¹

Conrado Paulino da Rosa comunga do pensamento de que, o magistrado ou o promotor devem verificar, através de equipe interdisciplinar, os motivos do desinteresse de um dos pais em ter a guarda do filho, eis que:

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ALIMENTANTE. 1. O alimentante não tem interesse de agir em ação de prestação de contas formulada em face da genitora das alimentadas, filhas de ambos. Precedentes do STJ e desta Corte. 2. O art. 1.589 do CC autoriza a possibilidade de o genitor que não detém a guarda do filho fiscalizar a sua manutenção e educação, sem, todavia, permitir a sua ingerência na forma como os alimentos prestados são administrados pela guardiã. 3. Entendendo o genitor que a guardiã não está desempenhando seu mister a contento, deixando de atender aos interesses das infantes, deverá ingressar em juízo requerendo a alteração da guarda e, entendendo ser o caso de minorar a importância alcançada, pelo fato de o valor superar as necessidades das menores, promover a respectiva ação revisional. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059585166, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 26/06/2014) (TJ-RS - AC 70059585166/RS, Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 26/06/2014, Oitava Câmara Cível, DJ de 04/07/2014). Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70059585166&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 21 set 2015.

¹⁰⁹ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, n. 18, p. 6, jan. 2015.

¹¹⁰ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, n. 18, p. 6, jan. 2015.

¹¹¹ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, n. 18, p. 6, jan. 2015.

Sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrinada proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores a optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, o quadro da alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificado em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores.¹¹²

No mesmo sentido, sustenta o advogado Jamil Miguel que:

A escusa do genitor que não deseja a guarda compartilhada não deve ser aceita pelo Juiz quando não houver justa causa. Ainda que aceita, não impede a utilização de ação cominatória, diante do dever de ambos os genitores de responder pelas obrigações decorrentes do poder familiar, nem de futura pretensão de indenização ou compensação por abandono afetivo, presentes os requisitos da responsabilidade civil.¹¹³

O Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial 1428596/RS, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, proferiu decisão que põe fim aos debates e resistências à aplicação da guarda compartilhada, reafirmando que a guarda compartilhada "é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados", pois reflete a realidade da organização social atual.¹¹⁴

A guarda compartilhada, agora uma imposição legal, não é uma regra absoluta, deixando de ser aplicada nos casos de condutas ilícitas, como, por exemplo, casos que envolvam violência doméstica, drogas, detenção, dentre outras. Trata-se de exceção à regra, devendo o magistrado se valer dos preceitos

¹¹² ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56-57.

¹¹³ MIGUEL, Jamil. *A Guarda Compartilhada Agora é regra: Comentários à Lei 13.058/2014*. Campinas: Millennium, 2015, p. 25.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (REsp 1428596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 25/06/2014). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1428596&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesauros=JURIDICO. Acesso em 21 set 2015.

estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Maria da Penha, Código Penal e demais leis correlatas para a solução desses casos.¹¹⁵

Para o advogado Jamil Miguel, uma vez fixada a guarda compartilhada, "tudo o mais é questão de ajuste que deve levar em conta as peculiaridades de cada caso concreto, a personalidade do menor e dos genitores e as circunstâncias que possam influir na deliberação do que seja, efetivamente, o mais recomendável."¹¹⁶

No direito das famílias, nem sempre é possível o encaixe perfeito da norma à situação posta em julgamento, exigindo de magistrados, promotores, advogados e defensores públicos uma formação diferenciada, eis que atuam na dissolução das uniões, na qual estão envolvidas pessoas fragilizadas, com sentimentos de dor, frustrações e perdas. Para isso, imprescindível que o direito atue em conjunto com outras áreas do conhecimento, como por exemplo, a assistência social e a psicologia, pois, "o aporte interdisciplinar, ao ampliar a compreensão do sujeito, traz ferramentas valiosas para a compreensão das relações dos indivíduos, sujeitos e operadores do direito, com a lei".¹¹⁷

2.2.2 Guarda unilateral

A guarda unilateral, prevista no art. 1.583, § 1º, do Código Civil, é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que os substitua, que deverá decidir sobre todas as questões atinentes à vida dos filhos, obrigando o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.¹¹⁸ É uma modalidade secundária, sendo a regra a guarda compartilhada.¹¹⁹

Assim como na guarda compartilhada, a guarda unilateral poderá ser requerida através de acordo entre os pais, em ação de dissolução da sociedade conjugal, ou ainda, mediante decisão judicial, atendendo sempre às necessidades específicas do filho, nos termos do art. 1.584 do Código Civil.¹²⁰

¹¹⁵ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, p. 7, n. 18, jan. 2015.

¹¹⁶ MIGUEL, Jamil. *A Guarda Compartilhada Agora é regra: Comentários à Lei 13.058/2014*. Campinas: Millennium, 2015, p. 27.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63.

¹¹⁸ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 458.

¹²⁰ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

Esta modalidade de guarda não isenta os pais dos atributos advindos do poder familiar, obrigando o genitor não guardião a zelar e supervisionar os interesses dos filhos, bem como fiscalizar sua manutenção e educação,¹²¹ podendo solicitar informações ou prestações de contas em assuntos ligados a estes (art. 1.583, § 5º, CC).¹²²

Embora o pai que detenha a guarda unilateral possua a faculdade de decidir sobre todas as questões atinentes à vida do filho sem consultar o não guardião, este por sua vez tem o direito de obter informações sobre assuntos que afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.¹²³

Atualmente tem um caráter excepcional, eis que, se não houver acordo entre os pais, será aplicada a guarda compartilhada, de acordo com a Lei 13.058/2014, salvo se um dos pais declarar ao juiz que não deseja exercê-la.¹²⁴

Os critérios de visitação impostos pela guarda unilateral decorrem de acordo entre os pais divorciados ou de determinação judicial. Essa modalidade tem demonstrado um enfraquecimento dos laços afetivos entre o filho e o pai não guardião, haja vista que os encontros se dão apenas em dias pré-estabelecidos, com regras e horários impostos pelo detentor da guarda, criando um distanciamento entre ambos, indo de encontro com o direito de tê-los em sua companhia, conforme estabelecido na codificação civil.¹²⁵

O direito de visitas, sob o ponto de vista constitucional (art. 227), diz respeito ao direito de convivência entre pais e filhos, o que não se resume ao fato do pai que não detém a guarda visitar o filho em sua residência, mas sim, de tê-lo em sua companhia, em uma relação de reciprocidade. Essa convivência se estende aos

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 458.

¹²² § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 abril. 2015.

¹²³ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

¹²⁴ § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 458-459.

avós, observados os interesses da criança, para que não haja o rompimento das relações familiares.¹²⁶

Caso o filho não deva permanecer sob a guarda de um dos pais, o juiz "deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade" (art. 1.584, § 5º do Código Civil).¹²⁷

Essa modalidade de guarda tem demonstrado, no dia a dia dos Tribunais, um aumento dos litígios familiares, eis que, em muitos casos, o genitor que detém a guarda vê o filho como um troféu da vitória processual, utilizando-o como um instrumento de chantagem, dificultando de diferentes modos o contato entre o genitor não guardião e a criança, causando enorme prejuízo no desenvolvimento de sua personalidade.¹²⁸

2.2.3 Guarda alternada

A guarda alternada é uma modalidade de guarda unilateral ou monoparental, na qual ocorre uma alternância na exclusividade da guarda por um dos genitores, ficando a cargo da decisão judicial o tempo de seu exercício. Dessa forma, cada um dos pais exerce com totalidade os direitos e deveres que integram o poder parental, no período em que detém a guarda do filho, sem interferência do outro.¹²⁹

Esse tipo de guarda não está disciplinada em nossa legislação, não devendo ser confundida com a guarda compartilhada, caracterizada pela constituição de famílias multinucleares, onde "o que se alterna é a convivência e nunca o tipo de guarda".¹³⁰

Na visão de Fernanda Rocha Lourenço Levy, sob o ponto de vista do interesse dos filhos, a guarda alternada não é uma boa modalidade, eis que "é o reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse,

¹²⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 197.

¹²⁷ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 4 jun. 2015.

¹²⁸ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80.

¹²⁹ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 9.

¹³⁰ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, p. 5, n. 18, jan. 2015.

passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança".¹³¹

2.3) Critérios de Atribuição da Guarda

O melhor interesse da criança deve ser o princípio norteador de toda decisão concernente à guarda de filhos. O ideal seria que os pais sempre entrassem em acordo e que o compartilhamento da guarda não comportasse exceções. Mas sabemos que na vida real isso não é possível, e então a intervenção judicial torna-se necessária, cabendo ao juiz a dura tarefa de definir os melhores critérios para a determinação da guarda, sempre analisando o caso concreto e o interesse do menor.¹³²

Patrícia Rocha Lourenço Levy cita o pensamento do juiz mineiro Jorge Franklin Alves Felipe, para o qual:

a questão da guarda de menores, em decorrência da separação dos pais, é das mais melindrosas, das mais delicadas na vida forense. Normalmente, os próprios interessados se encarregam de resolvê-la, reservando-se as vias judiciais para os casos de extrema divergência. E é preciso que assim seja, que a intervenção da autoridade judicial se reduza a casos mais graves, quando esgotados os esforços dos pais no sentido de solucionar o problema da guarda. Pouco adianta a determinação judicial se o menor não responde a ela. Chega a ser constrangedor que um oficial de Justiça tenha que executar uma busca e apreensão de menores.¹³³

Como já comentado, há muito a culpa deixou de ser referência para a fixação da guarda de filhos, eis que esse critério não levava em consideração o interesse da criança, e sim o interesse dos pais, premiando o cônjuge inocente com a guarda do filho e punindo o outro com o afastamento do filho.¹³⁴

A antiga redação dos artigos 1.583 e 1.584 de nossa Codificação Civil previa preferencialmente a guarda compartilhada, e, sendo o caso de guarda unilateral, esta seria atribuída ao genitor que tivesse melhores condições para

¹³¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

¹³² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97.

¹³³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97.

¹³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família 6, As famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 602.

exercê-la, com relação a critérios de afeto, saúde, educação e segurança.¹³⁵ Com o advento da Lei 13.058/2014, o Código Civil de 2002 teve seu artigo 1.584 alterado, passando a estabelecer que, no caso de não haver acordo entre os pais com relação à guarda dos filhos, e estando ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, que assumiu uma feição de obrigatoriedade.¹³⁶

Caso o juiz verifique que o compartilhamento da guarda não seja possível, será fixada a guarda unilateral, iniciando-se aí a complicada tarefa de definir qual dos genitores detém "as melhores condições" para exercer a guarda do filho. Abre-se aí um leque enorme de critérios que deverão ser avaliados caso a caso pelo juiz.¹³⁷

Em relação aos pais, há de ser verificada, primeiramente, a habilidade destes no cuidado e no desenvolvimento sadio da prole, dentro dos padrões de normalidade. A ideia não é "buscar o pai ou a mãe ideais, mas avaliar, diante do caso concreto, se aquele pai e aquela mãe possuem as condições necessárias para garantir ao filho seus direitos fundamentais, aqui incluído o afeto".¹³⁸

Nesse ponto, ressalte-se que a antiga preferência pela guarda materna nem sempre resulta no melhor interesse da criança. Devido às enormes mudanças ocorridas no século XX, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, o homem passou a participar mais da criação dos filhos e das atividades domésticas, colocando-se em pé de igualdade em relação à mulher.¹³⁹ Assim, a mãe já não é mais figura imprescindível na criação dos filhos, "não havendo mais preferência entre eles quanto à atribuição da guarda".¹⁴⁰

Há que se levar em consideração, também, o tempo que cada um dos pais pode dedicar ao filho, bem como qual deles é mais presente no dia a dia da criança e que lhe transmite um maior vínculo de afeto. Esse critério impede que a

¹³⁵ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100.

¹³⁶ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 abril. 2015.

¹³⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100.

¹³⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 104.

¹³⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 194.

¹⁴⁰ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

criança seja afetada emocionalmente quando da separação, vendo-se afastada do genitor que lhe conferia maior segurança.¹⁴¹

Importante também que o juiz faça uma análise da vida pregressa dos pais, a fim de verificar se o contato destes com os filhos era saudável antes da separação, bem como identificar um possível caso de violência doméstica, ou ainda, eventual desequilíbrio mental por parte de algum genitor, que possa colocar em risco a segurança do menor.¹⁴²

Outro critério que pode ser levado em consideração na análise do juiz é a situação financeira dos pais. Todavia, esse não é, de modo algum, um fator determinante para o deferimento da guarda, assim como a falta de recursos materiais não é motivo suficiente para decretar a perda ou suspensão do poder familiar, conforme determina o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).¹⁴³

Em relação aos filhos, entende-se que o magistrado deve ouvir a criança cuja guarda é disputada, a fim de que ela possa expressar as suas opiniões. Se a busca maior é pelo interesse superior dos filhos, natural que estes sejam ouvidos sobre as questões que lhe dizem respeito, eis que, conforme ensina Patrícia Rocha Lourenço Levy, "a criança de hoje não é mais a criança de outrora. É informada, atuante e participa ativamente da vida dos adultos. Assim, suas impressões são importantes para casos de difícil solução." ¹⁴⁴ Contudo, é evidente que a opinião da criança não é absoluta e esta não poderá escolher com qual dos genitores deseja permanecer. A opinião da criança será levada em consideração pelo magistrado respeitando a sua idade, a sua maturidade e as suas limitações, bem como os outros critérios de fixação da guarda e as circunstâncias do caso concreto.¹⁴⁵

Um ponto a ser considerado, quando o caso envolver mais de um filho, é o da manutenção de todos sob a guarda do mesmo genitor, sempre que possível,

¹⁴¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

¹⁴² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106.

¹⁴³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106.

¹⁴⁴ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 110.

¹⁴⁵ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 110.

à luz da diretriz que orienta a não separação dos irmãos. É claro que essa não é uma regra absoluta - apesar de, em geral, ser mais interessante para os filhos, nem sempre a manutenção dos irmãos sob a guarda do mesmo genitor atenderá ao melhor interesse da prole. Devem ser respeitadas as particularidades do caso concreto e da específica relação entre genitor e filho, sendo perfeitamente possível que o juiz decida de modo não uniforme, se entender que a guarda dos irmãos deva, em razão do melhor interesse destes, ser atribuída a genitores diferentes.¹⁴⁶

Outro aspecto importante na atribuição da guarda é a garantia da continuidade das relações da criança com o seu "ambiente extrafamiliar de origem",¹⁴⁷ isto é, com os membros de sua família ampliada (tios, avós, primos), amigos e colegas, evitando-se ao máximo o rompimento de laços afetivos saudáveis à criança. De fato, a atribuição da guarda deve ser a menos traumática possível, evitando eliminar as relações de afeto que a criança tinha com outros familiares e pessoas, exceto, é claro, quando essas relações não se harmonizarem com o seu melhor interesse.

Cumprе ressaltar que, à vista desses critérios, nem sempre será possível atribuir a guarda a um dos genitores. Em casos excepcionais, a guarda poderá ser deferida a um terceiro, quando o juiz verificar que não existem condições de o filho permanecer com qualquer dos pais. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de pais viciados em tóxicos, quando há histórico de violência doméstica, dentre outros. Nesses casos, a afetividade será o critério preferencial para a escolha da pessoa que assumirá a guarda.¹⁴⁸

Importante realçar que o juiz, na atribuição da guarda, deverá se valer sempre do auxílio de equipes multidisciplinares formadas por profissionais da saúde, da psiquiatria, do serviço social, dentre outros, que o assistirão na análise de todos esses critérios. Pode o juiz, inclusive, determinar a realização de perícia, a fim de reunir elementos de convicção para uma decisão mais justa acerca de quem possui

¹⁴⁶ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 110.

¹⁴⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 110.

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 195.

melhores condições de exercer a guarda, eis que as relações de afeto dificilmente podem ser verificadas em audiência.¹⁴⁹

¹⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193.

3 ANÁLISE DA LEI N. 13.058/2014

Neste capítulo serão analisadas as principais alterações trazidas pela Lei 13.058/2014, também chamada de Lei da Igualdade Parental, procurando esclarecer as diferenças existentes entre a guarda compartilhada e a alternada, há muito confundidas pelos Tribunais, trazendo a questão da obrigatoriedade do compartilhamento, mesmo em caso de litígio, bem como a mediação como forma alternativa para a tentativa de resolução dos conflitos oriundos do rompimento das relações conjugais, que afetam diretamente o bem-estar dos filhos.

3.1 Guarda alternada x guarda compartilhada

Assim como o Cristianismo foi um marco na história da humanidade, a emancipação da mulher e sua inserção no mercado de trabalho foi um divisor de águas para o Direito de Família, onde o homem, a mulher e principalmente os filhos, tiveram uma redefinição de seus papéis no âmbito familiar, bem como na sociedade.¹⁵⁰

A família deixou de ser chefiada pelo homem, e este se tornou mais participativo no lar, dividindo com a mulher as tarefas de educação e criação dos filhos, resultando daí uma parceria parental, baseada nos laços de afetividade. A mulher, que a cada dia, vem exercendo mais atividades fora do lar, tornou-se corresponsável pelo orçamento familiar, e, em inúmeros casos, arca sozinha com ele.¹⁵¹

Todas essas mudanças levaram a Constituição Federal de 1988 a consagrar a igualdade entre homens e mulheres, entre filhos havidos ou não do casamento e a reconhecer novas formas de entidades familiares, dedicando um capítulo especial à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.¹⁵²

Refletindo as alterações da Constituição Federal e buscando acompanhar a nova realidade das famílias, foi sancionada a Lei nº 13.058/2014 que,

¹⁵⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, págs. 13.

¹⁵¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, págs. 14.

¹⁵² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, págs. 11.

alterando vários artigos do Código Civil, consolidou a igualdade parental entre os genitores, trazendo grande avanço para o Direito das Famílias.¹⁵³

Dessa forma, visando prestigiar o poder familiar dos genitores, a nova lei estabeleceu a guarda compartilhada como o modelo legal vigente, tendo por fim basilar a corresponsabilidade e o equilíbrio da divisão de tempo de convivência entre pais e filhos, minimizando os danos sofridos pelos filhos em virtude do rompimento ou inexistência do relacionamento conjugal.¹⁵⁴

Por sua vez, a guarda unilateral tornou-se medida de exceção, que só se justifica no caso de incapacidade de um dos pais para o exercício do poder familiar, ou se um deles assim não o quiser.¹⁵⁵

Durante a união dos genitores a guarda é comum e, após sua ruptura, bipartem-se as funções parentais, dando início a uma questão muito delicada que é a definição de quem detém melhor condições para ficar com a guarda dos filhos.¹⁵⁶

Mesmo com todos os avanços ocorridos na família, atualmente ainda prevalece a ideia de que a mãe é figura indispensável na criação dos filhos, e a guarda, a princípio, deveria ser preferencialmente dela, ocupando o pai um papel secundário nessa relação.¹⁵⁷ Nesse sentido Conrado Paulino Rosa sustenta que:

A noção de instinto materno, fator que seria responsável pelo fato de 'a mulher ser talhada para o sacrifício', 'ter capacidade de renúncia mais acentuada do que o homem', 'ser mais disponível para os filhos' e 'compreender melhor as crianças', ainda é, infelizmente, propagada aos "quatro ventos". Essas afirmações demonstram que ainda se observa a valorização do cultuado instinto materno', dando um superpoder à figura materna, naturalizando o direito da mãe como principal referência na vida do filho.

Prova disso é que, quando se noticia o exercício paterno na guarda de um filho, é frequente o pensamento de que 'tipo' de mãe poderia ser essa' ou, ainda, 'o que será que ela fez' para 'perder' a guarda do filho.¹⁵⁸

¹⁵³ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, p. 5, n. 18, jan. 2015.

¹⁵⁴ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 54.

¹⁵⁵ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, p. 5, n. 18, jan. 2015.

¹⁵⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48-49.

¹⁵⁷ "Por força do papel histórico reservado pelo patriarcado às mulheres, a primazia quase absoluta, na escolha do guardião, tem recaído, ao longo do tempo, sobre as mães, porque a estas e não aos pais o patriarcado culturalmente destinou o papel de responder pela educação dos filhos, especialmente na primeira infância. Ao homem atribuiu a lei, por força dessa cultura, o papel de chefe e provedor, devendo ocupar-se preponderantemente com o trabalho fora do lar, de onde deve obter os recursos materiais destinados a esta provisão." MIGUEL, Jamil. *A Guarda Compartilhada Agora é regra: Comentários à Lei 13.058/2014*. Campinas: Millennium, 2015, p. 18.

¹⁵⁸ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50-51.

Segundo o autor, a Lei n. 13.058/2014 "pode diminuir essas concepções sociais, bem como o comportamento de decisões judiciais de que o pai somente é o guardião quando ocorrem sérias perturbações com a mãe". Para ele, a guarda paterna "tomou novo corpo", pois é resultado de uma legítima reivindicação dos homens que descobriram a realização em exercer a parentalidade, tendo hoje, as mesmas condições para a criação dos filhos que a mãe.¹⁵⁹

Uma das críticas que se faz à nova lei, diz respeito à nova redação dada ao art. 1.583 do Código Civil, quando no seu § 2º estabelece que na guarda compartilhada, "o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai". O dispositivo ainda gera discussão, haja vista que o "compartilhamento das responsabilidades foi reiteradamente confundido com a alternância da guarda" e, de forma equivocada, "falava-se em divisão estanque de tempo em cada uma das casas, como se o filho passasse a ter sua 'mochila' como o único objeto seguro na vida".¹⁶⁰

O advogado Douglas Phillips Freitas argumenta que ainda existem muitas opiniões equivocadas sobre a nova lei, e muitos ainda pensam que o período de convivência deverá ser dividido igualmente. Segundo ele, "a lei não informa isto, ela sugere como algo interessante a ser fixado, mas seu texto é muito claro quanto à necessidade de fixação de residência base e período de convivência equilibrado, não dividido igualmente".¹⁶¹

Não se pode interpretar "convivência equilibrada" com sentido de "convívio dividido", pois, o que se buscou com o novo dispositivo foi um equilíbrio maior de tempo entre o guardião físico e o não guardião, evitando a fixação de finais de semanas alternados.¹⁶²

Para o advogado Jamil Miguel, a fixação do regime de convivência não pode ficar adstrita somente ao interesse dos filhos, devendo ser feito um ajustamento que leve em consideração, também, a situação da vida e profissão dos pais. Para ele, o que a nova lei sugere "é uma divisão equilibrada desse tempo de

¹⁵⁹ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, 51.

¹⁶⁰ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

¹⁶¹ FREITAS, Douglas Phillips. Reflexos da nova Lei da Guarda Compartilhada e seu diálogo com a Lei da Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1014/Reflexos+da+nova+Lei+da+Guarda+Compartilhada+e+seu+di%C3%A1logo+com+a+Lei+da+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>> Acesso em 3 jul 2015

¹⁶² ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

convívio, para que se mantenha o espírito de convivência com ambos, não merecendo, por essa razão, o legislador, crítica no sentido de que confunde guarda compartilhada com guarda alternada." ¹⁶³

Assim, no compartilhamento deverá ser estabelecida a "base da moradia" do filho, na mesma cidade ou não, atendendo em primeiro plano, ao conforto dos filhos e não o dos genitores. Se não houver consenso entre os pais, caberá ao juiz e ao promotor utilizar de perícia social e psicológica para atender a esse critério (art. 1.583, § 3º, do CC), ou o juiz poderá decidir conforme sua convicção, diante dos elementos e fatos trazidos aos autos (art. 436 do CPC). ¹⁶⁴

Na guarda alternada, "os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados", mediante revezamento de lares e com exclusividade, período no qual é exercido em sua totalidade os direitos e deveres decorrentes do poder parental, sem que haja cooperação ou corresponsabilidade entre eles. Isso já não ocorre na guarda compartilhada, pois esta não é repartida, e, mesmo quando estabelecida uma "base de moradia" para a criança, ao genitor que não detém a guarda física é franqueado acesso livre para estar com o filho sempre que este quiser a sua companhia, proporcionando um convívio mais intenso entre ambos. ¹⁶⁵

No mesmo sentido, leciona Maria Berenice Dias para a qual a guarda alternada é

modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens. ¹⁶⁶

A guarda compartilhada difere da alternada, pois a proposta da primeira é manter uma frequência maior na convivência entre pais e filhos, não importando quem irá morar com a criança, mas sim, de ter ambos os pais ao seu alcance sempre que necessário. "Nessa modalidade, privilegia-se a ideia de *estar*

¹⁶³ MIGUEL, Jamil. *A Guarda Compartilhada Agora é regra: Comentários à Lei 13.058/2014*. Campinas: Millennium, 2015, p. 26.

¹⁶⁴ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77-78.

¹⁶⁵ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58 e 67.

¹⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 528.

com e de *compartilhar*, não existindo conotação de posse, pois é sempre voltada para o melhor interesse da criança ou do adolescente e, conseqüentemente, dos pais". Conrado da Rosa defende que a responsabilidade parental "talvez tenha de ser redobrada em razão da separação dos pais", pois o intuito da lei é priorizar o melhor interesse dos filhos, que se encontram fragilizados no auge de seu desenvolvimento, necessitando desse vínculo para a formação de sua personalidade e saúde psíquica.¹⁶⁷

Waldyr Grisard Filho salienta que a separação dos pais "não deve repercutir no desempenho de suas funções parentais, para as quais não há divórcio. Os filhos seguem estando aí, seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais; portanto, a família segue existindo, alquebrada, mas não destruída".¹⁶⁸

Como já dito anteriormente, "a guarda compartilhada surgiu da necessidade de reequilibrar os papéis parentais", para que não caiba somente à mãe o papel de criadora dos filhos, e ao pai o de mero visitante, tornando-se a cada dia, um estranho ao filho. Por outro lado, a divisão das responsabilidades beneficia os genitores, haja vista que oferece as mesmas condições de "expansão sentimental e social" a ambos, não sobrecarregando o detentor da custódia física do filho com a maioria das tarefas e cuidados diários.¹⁶⁹

Na guarda alternada, a divisão de tempo é estanque. Por exemplo, o filho fica quinze dias com a mãe e quinze dias com o pai. Fernanda Rocha Lourenço Levy adverte que esse critério vai de encontro com o melhor interesse da criança e do adolescente e já recebeu diversas críticas pelos profissionais na área de saúde mental. Para ela "a guarda alternada é o reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço".¹⁷⁰

A alternância da guarda e de lares se mostra altamente inconveniente, pois não está em harmonia com o interesse da criança. Esta perde seu referencial

¹⁶⁷ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68-69 e 75.

¹⁶⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 147.

¹⁶⁹ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70 e 75.

¹⁷⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

quando recebe tratamentos diversos quando na casa do pai e na da mãe, criando uma enorme desordem na sua vida e em seu psicológico.¹⁷¹

Paulo Lôbo afirma que é necessário definir a residência de um dos pais onde o filho viverá ou permanecerá, pois

Essa providência é importante para garantir-lhe a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de frequentar a do outro; ou mesmo de viver alternadamente em uma e outra. A experiência tem demonstrado que a perda de referência da residência para si mesmo e para os outros, compromete a estabilidade emocional do filho. Os períodos de convivência do filho com seus pais não necessitam de ser rigorosamente iguais, para que o filho não tenha uma existência partida. Certa flexibilidade para adaptação deve ser preservada, diante das circunstâncias, imprevistos e exigências da vida (viagens com um deles, festas em famílias e com amigos, cursos fora da cidade).¹⁷²

Para o doutrinador, a guarda é "substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais" e, "na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho".¹⁷³

Assim, a estabilidade do domicílio propicia aos filhos uma segurança e centro de apoio para suas atividades, pois necessitam de "uma continuidade espacial (além da afetiva) e social, onde finque suas raízes físicas e sociais, com o qual sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida."¹⁷⁴

3.2 Obrigatoriedade da guarda compartilhada

A guarda compartilhada é uma convocação aos pais que vivem separados para exercerem em conjunto a autoridade parental, como faziam antes de ter a família fragmentada. Procurando atender à realidade da organização social atual, ela foi positivada no nosso ordenamento jurídico buscando a plena proteção dos filhos menores. Assim, tornou-se obrigatória, levando em consideração o melhor

¹⁷¹ TARTUCE, Flávio - A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I - Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045->> Acesso em 2 ago 2015.

¹⁷² LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 200.

¹⁷³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 200.

¹⁷⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.169.

interesse da criança e do adolescente, pois o foco da questão é priorizar o interesse dos filhos e não o dos pais.¹⁷⁵

Dessa forma, ela será aplicada pelo magistrado, mesmo que não haja consenso entre os pais, "salvo se um dos genitores declarar ao juiz que não deseje a guarda do filho" (art. 1.584, § 2º, do Código Civil).

Diante dos novos arranjos familiares de nossa sociedade, o compartilhamento da guarda harmonizou-se com o comando da Constitucional que instituiu direitos iguais para homens e mulheres, o que, para tanto, se faz necessária a participação conjunta dos pais na criação e educação dos filhos, mesmo depois de separados. Os filhos menores precisam da presença de ambos os pais em suas vidas, para garantir-lhes uma melhor formação física, intelectual e psicológica.¹⁷⁶

A juíza Ângela Gimenez, citando Vitório Vezzetti, pediatra e diretor científico da Associação Nacional Italiana de Profissionais de Família, lembra que "impedir a guarda compartilhada, por eventuais dificuldades de organização dos pais, é o mesmo que 'negar antibiótico às pessoas com pneumonia, para se evitar os inevitáveis efeitos secundários gastrointestinais'".¹⁷⁷

A magistrada vê a imposição da guarda compartilhada como positiva, pois acabou com um antigo questionamento de que esta só seria possível quando não existisse litígio entre os pais, o que, para ela, seria "confundir grosseiramente a relação de conjugalidade com os vínculos de parentalidade existentes entre os filhos e seus pais." Segundo a juíza, a obrigatoriedade da nova lei põe fim, ou pelo menos minimiza, com a primeira disputa que surge após a separação, que é a disputa pelos filhos. Em sua opinião, o compartilhamento da guarda pode, inclusive, "desestimular a estratégia de litigar continuamente", bem como diminuir ou acabar com práticas de alienação parental, que tanto sobrecarregam o Judiciário.¹⁷⁸

O juiz da 18ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro, André Cortes Vieira Lopes acredita que "o compartilhamento da guarda é inerente ao poder parental e, por isso, não precisaria de Lei para normatizar o tema". Ele adverte que o

¹⁷⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. A guarda compartilhada na berlinda. *Revista do IBDFAM*, Belo Horizonte, n. 18, p. inicial – final 12, jan. 2015.

¹⁷⁶ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, p. 8, n. 18, jan. 2015.

¹⁷⁷ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, p. 8, n. 18, jan. 2015.

¹⁷⁸ GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM, p. 5, n. 18, jan. 2015.

que falta é uma conscientização maior por parte dos genitores sobre o interesse do menor.¹⁷⁹

Para a psicóloga Rosely Sayão, muitos pais resistem à guarda compartilhada para usar as crianças como estratégia de ataque e luta, com o intuito de privar o ex-cônjuge da convivência com o filho. Ela espera que com a nova lei, haja uma diminuição desse quadro e maior consciência por parte dos pais de que a paternidade e a maternidade é para o resto da vida. Relembra que "a criança não pode ser afastada por um tempo de um dos pais ou apenas vê-lo nos momentos de visitas". Afirma que "pai ou mãe não pode ser visita para a criança. Pai é pai, mãe é mãe".¹⁸⁰

Embora a imposição ao compartilhamento da guarda ainda encontre críticas, há quem sustente que a referida lei é exatamente para aqueles que estão em litígio, pois não conseguem dialogar ou se entenderem sobre a guarda dos próprios filhos. Conrado da Rosa diz que "não há como esperar cooperação em uma ação de caráter litigioso. Se houvesse bom senso, por certo o Judiciário nem seria chamado. Condicionar a guarda compartilhada ao acordo é (poderia), no mínimo, estimular o conflito."¹⁸¹

No mesmo sentido, Waldyr Grisard Filho adverte que:

Não é preciso que os pais se acertem como casal, mas como pai e mãe. Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele "nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente."¹⁸²

Um dos maiores obstáculos apontados por alguns doutrinadores e juízes na imposição da guarda compartilhada, diz respeito à necessidade de consenso entre os genitores. Antes da promulgação da Lei 13.058/2014, a matéria já se encontrava pacificada no âmbito da Terceira Turma do STJ e, por mais de uma vez, a Ministra Nancy Andrighi sustentou que não se pode perder de foco o melhor interesse do menor. Segundo a Ministra, para a aplicação desse princípio, a guarda compartilhada deve ser a regra e exigir um consenso para a aplicação da guarda

¹⁷⁹ SAMPAIO, Gabriel Carvalho. Direito à Convivência Familiar - *Revista do IBDFAM*, p. 9, n. 18, jan. 2015.

¹⁸⁰ SAMPAIO, Gabriel Carvalho. Direito à Convivência Familiar - *Revista do IBDFAM*, p. 10, n. 18, jan. 2015.

¹⁸¹ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 81.

¹⁸² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.198.

compartilhada seria desviar a problemática para o litígio, ignorando a busca do melhor interesse do menor.¹⁸³

Para a Ministra, a não aplicação do compartilhamento por ausência de consenso, "faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole", sendo a imposição judicial "medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta".¹⁸⁴

Maria Berenice Dias, citando Maria Antonieta Pisano Motta, nos diz que:

a guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como um reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.¹⁸⁵

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 23/08/11, DJe 31/08/2011) Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1251000&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 21 set 2015.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1428596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 03/06/14, DJe 25/06/14. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1251000&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 21 set 2015.

¹⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 65-66.

Conrado Rosa reforça a tese sustentando que a "aplicação da guarda compartilhada tem como premissa geral um fator de transformação social, e sua aplicação terá como efeito, a médio prazo, a modificação no pensamento daqueles que enfrentarem dissolução de relacionamentos afetivos".¹⁸⁶

3.3 A Mediação como forma alternativa de resolução de conflitos

As pessoas que buscam o Judiciário procurando soluções para problemas e desavenças relacionadas a questões familiares, geralmente encontram-se em situação de grande fragilidade, perturbação, incertezas e medos, e esperam serem recebidas por um juiz que vá resolver, com justiça, todos os seus problemas.¹⁸⁷

Na maioria das vezes, o conhecimento técnico jurídico não é suficiente para entender, em sua inteireza, as necessidades específicas de cada integrante da família, e é nesse momento que a mediação torna-se valiosa ferramenta para a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções e atribuições de cada um, papel que o magistrado nem sempre tem condições de desempenhar.¹⁸⁸

Analisando de outro modo, a solução consensual, por antecipar a resolução da lide, poupa tanto o juiz quanto as partes da prolongada tramitação do processo, que nem sempre alcançará o desfecho esperado. Nesse sentido Rodolfo Camargo Mancuso ensina que a solução suasória,

por ser alcançada pelas próprias partes (diretamente ou através de um agente facilitador) não polariza os interessados, tomando-os como adversários, mas os aproxima, propiciando que eles interajam, o que muito concorre para que a solução encontrada seja prestigiada e cumprida, assim preservando as relações interpessoais, mormente as que se desenvolvem nas chamadas *situações de continuidade* (escola, família, vizinhança, trabalho). Por esse viés se estimula a *vera cidadania*, porque não se subtrai dos interessados a gestão de seus próprios interesses, nem tampouco sua capacidade de dispor sobre eles, ainda que a pendência já esteja judicializada (composição incidental).¹⁸⁹

¹⁸⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85.

¹⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 65-66.

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 66.

¹⁸⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 125.

A mediação judicial visa estabelecer uma complementaridade das decisões judiciais, tornando-as mais eficazes, com mais chances de colocar fim ao litígio de forma mais estável, por um longo período.¹⁹⁰

Fernanda Levy vê a mediação como uma mudança de paradigma, porque dá autonomia às partes para resolverem seus próprios conflitos e realizar suas próprias escolhas, devendo sempre ser incentivada *ab initio*. Para a doutrinadora, "a mediação propõe a compreensão de um obstáculo (conflito) para transformá-lo em um aprendizado e uma saída possível, construída pelos mediandos com o auxílio de um facilitador (mediador) capacitado. É uma proposta de tomada de consciência, de um repensar sem paixão. É a busca pessoal do caminho do meio."¹⁹¹

Com relação à guarda de filhos, Paulo Lôbo salienta que:

o uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição.¹⁹²

O Conselho Nacional de Justiça, com a Resolução nº 125/2010, já havia incumbido aos órgãos judiciários oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão, atribuindo aos Tribunais a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.¹⁹³

Por sua vez, o novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 3º, demonstra a relevância que o legislador atribuiu aos meios de solução consensual de conflitos, estabelecendo que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do

¹⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 66.

¹⁹¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 122.

¹⁹² LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

¹⁹³ BRASIL, Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 20 jul 2015.

processo judicial.¹⁹⁴ Para tanto, os Tribunais deverão criar centros judiciários para a realização de sessões de conciliação e mediação, bem como desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.¹⁹⁵

A medida é de extrema importância na seara familiar, pois nem sempre o juiz tem condições de dar o aporte necessário para tentar, junto às partes, a conciliação ou à mediação.¹⁹⁶

Importante que não se confunda mediação com conciliação. Para tanto, o CPC dispôs em seu art. 165, §§ 2º e 3º a forma de atuação de conciliadores e mediadores. Ao conciliador caberá atuar preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, ou seja, aquelas que passaram a manter vínculo apenas no momento da instauração da lide (ex.: colisão de veículos), ou quando a lide resulta de vínculo anterior específico, como ocorre num contrato para a prestação de um serviço, podendo nessas situações sugerir soluções para o litígio.¹⁹⁷

Já o mediador, atuará preferencialmente em casos em que houver vínculo anterior entre as partes, ou seja, que caracterizam uma relação continuada, como ocorre nos casos de família, de vizinhança e societário,¹⁹⁸ devendo auxiliá-las a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 10 abr 2015.

¹⁹⁵ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 10 abr 2015

¹⁹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC*. Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Inovações. Alteações. Supressões. Comentadas. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015, p. 30.

¹⁹⁷ BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 10 abr 2015

¹⁹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC*. Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Inovações. Alteações. Supressões. Comentadas. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015, p. 34.

¹⁹⁹ BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 10 abr 2015

Para a consolidação da mediação perante a sociedade, foi promulgada, em 26 de junho de 2015, a Lei 13.140, dispondo sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, definindo-a, no parágrafo único do art. 1º como "a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia."²⁰⁰

A mediação deve observar os princípios da imparcialidade do mediador, da isonomia das partes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca do consenso, da confidencialidade e da boa-fé.²⁰¹

No que diz respeito à guarda compartilhada, o uso da mediação judicial será de vital importância para seu sucesso, sendo imprescindível a observância desses princípios pelos mediadores, que deverão atuar com seriedade e cuidado, a fim de auxiliar o casal em conflito a adotar um agir mais colaborativo, garantindo assim uma melhor reorganização das relações familiares (art. 2º da Lei 13.140/2015).²⁰²

O mediador judicial deverá ser cadastrado no tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação, observados os requisitos estabelecidos no art. 11 da Lei 13.140/15,²⁰³ não havendo necessidade de conhecimento jurídico para tanto e, caso o mediador seja um advogado, este ficará impedido de exercer a advocacia nos juízos em que desempenha tal função.²⁰⁴

O procedimento da mediação se dará mesmo com o processo judicial em curso, hipótese em que as partes deverão requerer ao juiz a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do conflito (art. 16 da Lei 13.140/15).²⁰⁵

²⁰⁰ BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e a autocomposição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 5 ago 2015

²⁰¹ BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e a autocomposição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 5 ago 2015

²⁰² ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138.

²⁰³ Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

²⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC*. Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015, p. 35.

²⁰⁵ BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e a autocomposição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 5 ago 2015

No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar destas informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre as partes (art. 19 da Lei 13.140/15).²⁰⁶

Antes da primeira reunião de mediação e sempre que necessário, o mediador deverá alertar as partes sobre as regras de confidencialidade que envolve o procedimento, podendo ser admitidos outros mediadores para atuarem no mesmo ato, quando a natureza e a complexidade do conflito assim o exigir. (arts. 14 e 15).²⁰⁷

Os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, mas se submeterão às mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição aplicadas ao juiz, observado o disposto no art. 5º da Lei da Mediação.²⁰⁸

O juiz designará audiência de mediação, caso a petição inicial preencha os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, devendo o procedimento ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação. Solucionado o conflito pela mediação e, sendo da vontade das partes, o juiz homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação, determinando o arquivamento do processo (arts. 27, 28 e 29 da Lei da Mediação).²⁰⁹

A Lei da Mediação dispõe, em seu art. 30,²¹⁰ sobre as regras de confidencialidade a serem observadas por todas as pessoas envolvidas no

²⁰⁶ BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e a autocomposição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 5 ago 2015

²⁰⁷ BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e a autocomposição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 5 ago 2015

²⁰⁸ Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e a autocomposição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 5 ago 2015

²⁰⁹ BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e a autocomposição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 5 ago 2015.

²¹⁰ Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

procedimento da mediação, bem como suas exceções, acrescentando no art. 31 que a informação prestada por uma parte em sessão privada, será confidencial, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.²¹¹

Por fim, importante destacar que a adoção da mediação depende da mudança de comportamento de todos os profissionais envolvidos nas dissoluções afetivas, bem como do reconhecimento de que as necessidades dos integrantes da família ultrapassam a seara jurídica, sendo de vital importância o aporte de equipes interdisciplinares, sem as quais, muitas vezes, não é possível se formar um juízo de convicção sobre o caso concreto.²¹²

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

²¹¹ BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e a autocomposição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 5 ago 2015.

²¹² ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 139.

4 CONCLUSÃO

A introdução do instituto da guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico teve por fim precípua materializar os princípios constitucionais da isonomia entre o homem e a mulher e do superior interesse da criança, buscando atender às necessidades da família contemporânea, que atualmente tem como base a afetividade.

Após um longo período em que a história da família e do poder familiar foi marcada pelo domínio da figura masculina autoritária, pela influência da igreja, pelo casamento sem amor e pela submissão de mulheres, mães e crianças, desconsideradas pelo Estado, finalmente chegamos a um novo cenário familiar. Este novo panorama, resultado de lutas, revoluções e, principalmente, da emancipação da mulher e sua inserção no mercado de trabalho, representou um divisor de águas para a história da família e do poder familiar.

A família deixou de ser chefiada apenas pelo homem, a mulher tornou-se corresponsável pelo orçamento familiar, deixando de se limitar aos trabalhos domésticos, o que levou o homem a participar das tarefas de educação e criação dos filhos. Todas essas mudanças afetaram profundamente o casamento, no qual a regra das uniões passou a ser baseada nos laços de afetividade, bem como o poder familiar, que passou a ser exercido em parceria.

Como consequência dessa reviravolta, a Constituição Federal de 1988 consagrou a igualdade entre homens e mulheres, definindo a família como a base da sociedade, merecedora da proteção do Estado, e todos os seus integrantes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, respeitados individualmente. A criança e o adolescente ganharam destaque constitucional, ficando estabelecido como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar-lhes, com prioridade, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar, dentre outros.

Nessa nova concepção de família, alicerçada no afeto, aos pais incumbem diversos direitos e deveres em relação aos filhos, sendo a guarda um deles, pois é através da boa vigilância dos pais que se alcança um ideal de criação e educação dos filhos.

Enquanto unidos, os genitores compartilham dessa guarda comum, acompanhando o crescimento dos filhos, orientando-os, educando-os. Uma vez dissolvida a união dos genitores, essa guarda não se perde, pois advém do poder familiar e não pode ser retirada, salvo em casos específicos. Embora em tese seja assim, nem sempre os pais compreendem esse processo, e, após a separação, dão início a uma série de disputas, litigando eternamente para satisfazerem suas frustrações, o que acaba por prejudicar a convivência e o amor que deveria continuar existindo entre pais e filhos.

No Brasil, a forma mais comum de guarda após a separação ainda é a unilateral, na qual ficam os filhos com um dos genitores e ao outro são estabelecidas várias regras para visitas, encontros, pagamentos de despesas, etc. Esse tipo de guarda, embora possa ser o ideal para alguns pais, juízes e advogados, não é, definitivamente, a melhor opção para os filhos, que se veem afastados do convívio de um dos genitores, e muitas vezes são vítimas de alienação parental, o que certamente refletirá no seu desenvolvimento e formação.

Em que pese tenha sido inserida no nosso ordenamento jurídico em 2008, foi apenas com a Lei 13.058/2014 que a aplicação da guarda compartilhada foi determinada como regra, ainda que não exista acordo entre os pais.

Mesmo que ainda afirmem não ser possível o compartilhamento da guarda ante a ausência de consenso, vale ressaltar que existe um interesse maior em questão, que é o direito dos filhos de ter garantido o convívio com ambos os pais e, por outro lado, aos pais o direito de ter os filhos em sua companhia e guarda, sendo inaceitável a privação desses direitos quando do rompimento da união dos genitores, a não ser em situações excepcionais, em que o juiz decidirá de outra forma, sempre buscando favorecer o melhor interesse da prole.

Portanto, o compartilhamento da guarda nem precisaria ser uma regra imposta, haja vista que é tanto um direito como um dever dos pais em relação aos filhos. Quando não existe consenso, é porque não existe maturidade e amor suficiente por parte dos pais, e, diante desse quadro, nenhum tipo de guarda será o ideal.

Um valioso instrumento para a solução dos problemas de natureza familiar é o uso da mediação, na qual um terceiro, mediador imparcial e sem poder

de decisão, auxiliará os envolvidos a encontrarem soluções consensuais para o conflito, facultando o diálogo entre as partes, com o objetivo de fazê-los compreender que a separação do casal não deve interferir na criação e educação dos filhos, os quais não podem ser privados da convivência com ambos os pais, pois o vínculo de parentalidade permanecerá.

A mediação, por ser um meio informal de solução de conflitos, traz diversos benefícios às partes, tais como maior celeridade e economicidade, além do fato de que encontrarão juntos a saída para seus problemas, o que contribui significativamente para mudança de uma cultura de embate, partindo em busca de uma cultura de paz.

A nova lei da guarda compartilhada ainda é muito recente, e é natural que não seja recebida positivamente por todos, já que impõe mudanças na sociedade e no comportamento de mães e pais, e isso não se concretizará imediatamente. As crianças de hoje não são mais as crianças de vinte anos atrás, assim como a família. Atualmente, na grande maioria dos casos, pais e mães trabalham, trocam fraldas, levam filhos ao médico e dividem despesas, tudo em conjunto. Não há razão para ser diferente após a separação, ainda que isso custe maiores adaptações por parte dos pais.

O importante é que a guarda compartilhada seja vista como um ponto de partida, e, somente quando esta não for possível, pois cada caso é um caso que deve ser analisado separadamente, seja aplicada a guarda unilateral, visando, acima de tudo, a proteção dos interesses e necessidades da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada x guarda alternada. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7335>> Acesso em: 19 mar. 2015.

BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 maio 2015.

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 10 abr 2015.

BRASIL, Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 18 ago 2015.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e a autocomposição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 5 ago 2015.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 24 mar 2015.

BRASIL, Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 20 jul 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&&b=ACOR&p=falso&l=10&i=2>. Acesso em 21 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 23/08/11, DJe 31/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1251000&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1428596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 25/06/2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1428596&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1428596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 03/06/14, DJe 25/06/14. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1251000&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10056092087396002/MG, Rel. Fernando Caldeira Brant, Julgado em 19/12/2013, 5ª Câmara Cível, Publicação: 09/01/2014). Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F635E9D1FEF3A297C2D92C17197100C0.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.09.208739-6%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10647130026683002/MG, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, Julgado em 19/03/2015, 4ª CÂMARA CÍVEL, Publicação: 25/03/2015). Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0647.13.002668-3%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10647130026683002, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, J. 19/03/2015). Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F635E9D1FEF3A297C2D92C17197100C0.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0647.13.002668-3%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 20130320108/SC 2013.032010-8 (Acórdão), Rel. Trindade dos Santos, Julgado em 21/08/2013, 2ª Câmara de Direito Civil, Publicação: 04/09/2013). Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>. Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2014.037703-8, Rel. João Batista Góes Ulysséa, 2ª Câmara de Direito Civil, Julgado em 16/07/2014). Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25208453/apelacao-civel-ac-20140377038-sc-2014037703-8-acordao-tjsc>. Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. AC nº 58917/2014, Rel. José de Ribamar Castro, 2ª Câmara Cível, J.10/03/2015). Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173830424/apelacao-apl-589172014-ma-0004339-5820148100001>. Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70059585166, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 26/06/2014) (TJ-RS - AC 70059585166/RS, Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 26/06/2014, Oitava Câmara Cível, DJ de 04/07/2014). Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70059585166&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-

8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 21 set 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CHAVES, Marianna. Melhor interesse da criança: critério para atribuição da guarda unilateral à luz dos ordenamentos brasileiro e português. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2716, 8 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17985>> Acesso em: 3 de junho de 2015.

CONSTANCE, Paula de Sousa, AOKI, Raquel Lima de Abreu, SOUZA, Tatiana Ribeiro de Souza. *Uma Nova Perspectiva dos Direitos da Criança à Luz da Interpretação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/iniciacaocientifica/?p=353>> Acesso em 25 jun 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRY, Luc. *A Revolução do Amor: por uma espiritualidade laica*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FREITAS, Douglas Phillips. Reflexos da nova Lei da Guarda Compartilhada e seu diálogo com a Lei da Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1014/Reflexos+da+nova+Lei+da+Guarda+Compartilhada+e+seu+di%C3%A1logo+com+a+Lei+da+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>> Acesso em: 3 jul 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família* 6, As famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIMENEZ, Angela. *Igualdade Parental*. Revista do IBDFAM n. 18. janeiro de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6

GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A guarda compartilhada na berlinda. *Revista do IBDFAM*, Belo Horizonte, n. 18, p. inicial – final 12, Janeiro, 2015.

_____. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HESSEN, Robert - Os efeitos da Revolução Industrial nas Mulheres e Crianças - Publicado em 1º de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/index.php/artigos/os-efeitos-da-revolucao-industrial-nas-mulheres-e-criancas/>> Acesso em 29 maio 2015.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os Conflitos no Exercício do Poder Familiar*. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5201>> Acesso em 11 mar 2015.

_____. *Direito Civil. Famílias*. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Costa. *Novo CPC. Sintetizado e Resumido*. São Paulo: Atlas, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIGUEL, Jamil. *A Guarda Compartilhada Agora é regra: Comentários à Lei 13.058/2014*. Campinas: Millennium, 2015.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. Aspectos gerais da guarda compartilhada. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 13, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523> Acesso em 5 de junho de 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC. Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Inovações. Alteações. Supressões. Comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

NOGUEIRA, Grasiéla. Aspectos fundamentais acerca do poder familiar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912>. Acesso em 18 ago 2015.

PAULO, Beatrice Marinho; PAULO JUNIOR, José Marinho. A evolução histórica da proteção principiológica da criança e do adolescente e a disputa por sua guarda.

Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=95>> Acesso em 13 jun 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Direito de Família. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 6.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*, 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

RODRIGUEZ, Samara. *Análise dos Tipos de Guarda existentes no Direito Brasileiro e as Diferenças entre a Guarda Compartilhada e a Guarda Alternada*. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>> Acesso em 17 ago. 2015.

ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAMPAIO, Gabriel Carvalho. Direito à Convivência Familiar - *Revista do IBDFAM*, p. 9, n. 18, jan. 2015.

TARTUCE, Flávio - A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I - Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045->>> Acesso em 2 ago 2015.

_____. O Princípio da Afetividade no Direito de Família. *Revista Consulex* nº. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Matéria de capa: Direito de Família e Afetividade no Século XXI. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em 21 set 2015.